Digitized by Google

388
J 31

E LIBRIS
J. DE WAL.
Jur. Prof.

Digitized by Google

XV. d. 164

Digitized by Google

Digitized by Google

388
H 31

Die

Culpa des Römischen Rechts.

Eine civilistische Abhandlung

von

Johann Christian Hasse.

Zweite vermehrte Ausgabe

besorgt von

D. August Bethmann-Hollweg,
ordentlichem Professor der Rechte zu Bonn.

Koninklijke Bibliotheek 's-Gravenhage.

Bonn,
bei Adolph Marcus.
1838.

Digitized by Google

Manete paulisper, ut expediamus celerius.

Digitized by Google

Vorrede

zur ersten Ausgabe.

Das Buch, welches ich diesmal in die Welt ausgehen lasse, ward einem großen Theile nach in einer Zeit gearbeitet, da in nicht gar vielen Seelen sich die Hoffnung rege erhalten, daß die Wissenschaft auch noch fernerhin um ihrer selbst willen freudige Pfleger und liebende Anhänger finden werde, und daß das Gute nur gewagt sein wolle, um auch endlich zu gelingen. Seitdem hat aber diese Hoffnung wieder frische junge Knospen getrieben, und der Freund der Wissenschaft darf wieder frei aufathmen, und froh sein, daß der schwere Traum ihn verlassen hat.

Auch in dieser Schrift habe ich, ohne streitsüchtig zu sein, hie und da eine ausführliche Polemik nicht vermeiden können. Die literärische Klopffechterei, welche eine Zeit lang unter uns an der Tagesordnung war, ist mir immer von Grund des Herzens verhaßt gewesen, und ich könnte sehr viel thun, um selbst den Schein einer selbstsüchtigen Absicht gegen meine Vorgänger zu meiden — nur freilich mußte die Rücksicht auf Einzelne immer der Sache nachstehen. Wer ohne Unruhe und Befangenheit

Digitized by Google

durchlesen will, was ich geschrieben habe, wird sich leicht überzeugen, daß dies Bekenntniß redlich gemeint sei. Auch hat mich das Glück betroffen, daß die Autoren, todte oder lebende, mit denen ich vorzüglich zu streiten hatte, einen so begründeten Ruf haben, daß es lächerlich sein würde, diesen dadurch in Gefahr bringen zu wollen, daß man ihnen in einer einzelnen Materie Irrthümer nachwiese, worüber sie vielleicht später selbst schon zur Erkenntniß gekommen. Zudem wird man bei näherer Betrachtung gewahr werden, daß die Wahrheit nicht zu verkennen sei, und auch nicht von mir verabsäumt worden, daß unter Fehlern und Fehlern ein großer Unterschied ist, daß manche sogar verdienstlich sein können, indem sie zu einer neuen schärfern Untersuchung aufregen, die das Rechte erst zu Tage fördert, und endlich, daß aus Unwissenheit und Schwäche entstehende Irrthümer eben nicht die sind, welche besonders anreizen, ihnen bis an die Wurzel nachzugraben. Daß ich dieses hier aber im Allgemeinen anerkenne, schien mir schicklicher, als es bei jeder Gelegenheit in Phrasen auszusprechen. Zu meinen Gegnern gehört auch in mehreren wichtigen Punkten Donellus, den ich hoch verehre, und über den, da doch einmal von ihm die Rede ist, es mir erlaubt sein wird, noch Einiges zu sagen. Ein allgemeines Urtheil über seine Verdienste zu fällen, scheint mir ganz unzweckmäßig und unnöthig, nur ist in dem Rechtstheile, von dem diesmal die Rede sein wird, die Frage nicht uninteressant, worin denn eigentlich sein Verdienst bestehe — denn daß dieses nicht gering

Digitized by Google

sei, wird ein jeder leicht zugeben — und was er hier eigentlich erfunden und neu geschaffen habe. Und da ist es denn doch merkwürdig, daß ungeachtet er unstreitig zuerst für eine geistvollere und mehr römische Behandlung unserer Lehre aufgeregt hat, dennoch die Elemente, aus denen er seine Abhandlung (Comment. i. c. XVI. 7. u. XIII. 11.) bildete, sich einzeln schon früher oder gleichzeitig bei andern Autoren finden. Als Elemente nämlich kann man wohl die drei Dinge ansehen: einmal, daß er zwischen culpa in faciendo und c. in non faciendo unterschied, und jene im Ganzen für gewichtiger erklärte; sodann, daß er auf den nichts bedeutenden Unterschied des Superlativs vom Positiv in Beziehung auf die Grade der culpa aufmerksam machte; endlich sein Resultat, daß es nur zwei Grade der culpa gebe: denn seine noch immer musterhafte Auseinandersetzung der Schwierigkeiten, welche sich den Vertheidigern der damals herrschenden Theorie in den Weg legen, ist eigentlich die negative Seite seiner Abhandlung. Jene drei Behauptungen finden sich aber auch schon bei Andern.

Der Unterschied nämlich zwischen culpa in faciendo und non faciendo war schon lange bemerkt, auch wohl die erstere durchweg für eine schwerere Schuld gehalten worden; s. Hier. Cagnolus Comment. in tit. D. de R. I. Venet. 1559. (die epist. dedicat. vor Donell's Commentar ist von 1589) L. 23. No. 50. 51.; ja Ant. Contius (ad L. 23. de R. I.) hatte schon von Eguin Baro (um das Jahr 1540) gelernt, in L. 47.

Digitized by Google

§. penult. D. de legat. I. gehe culpa auf Schuld im Thun und diligentia auf custodia, alſo Schuld im Nichtthun, ohne daß jedoch Baro darum zwei Grade annahm. Contius will auch dieſe Belehrung nicht gelten laſſen, aber aus ſchlechten Gründen.

Daß ferner zuweilen diligentissimus für diligens, exactissima d. für exacta d. ſtehe, finden wir ſchon in Fornerii Commentar. ad tit. D. de V. S. Aurel. 1584. L. 5. §. 1. v. ex opere facto corpus aliquod perfectum, aufgezeichnet, wo es heißt: „In rebus perfectionem significantibus non admittitur plus minusve, nec videtur exacto quidquam exactius, nec rectius recto posse reperiri, aut recta linea rectior dari, ut Euclidi, Mathematicorum Principi, placet. Ob eamque causam officium exactum significat exactissimum (L. 21. C. mand.) et diligens custodia diligentissimam (L. 5. D. commod.) et diligens paterfamilias diligentissimum (L. 25. §. 16. D. famil. hercisc.); diligentiae nomine L. 23. de R. I. L. 5. D. comm. exactissima diligentia intelligitur, quam Constantinus Harmenopulus *μεγαλην ἐπιμελειαν* vocat, id est magnam diligentiam vel Caius exactissimam diligentiam (L. 1. §. 5. D. de O. et A.) quam exactam tantum vocat Iustinianus (§. 2. I. q. m. r. c. o.). Sane utrumque idem, cum non raro comparationum gradus permisceantur“ etc. Daß aber dieſe Bemerkung in Beziehung auf culpa für Fornerius ſelbſt ſo gut wie verloren ging, und daß er keineswegs zwei Grade

Digitized by Google

annahm, läßt ſich ſchon aus den von ihm gewählten Beiſpielen und Auctoritäten ſchließen, deutlich aber ſieht man es bei L. 226. eod., wo ſein Commentar anhebt: Varii sunt culpae gradus, et effecta varia, was man doch wohl nicht von zwei Graden zu ſagen pflegt.

Endlich ſogar im Reſultat ſelbſt hat er einen Vorgänger an Raevardi Comment. ad tit. P. de R. I. L. 23., welcher Commentar 1567 dedicirt wurde und 1568 zu Antwerpen herauskam: daß er die Grade irrig species nannte, kann nichts ausmachen, da ſeine Anſicht, ſo wie er ſie ſelbſt vorträgt, die ganz richtige und wahre iſt, obgleich er freilich in der Wahl des geſetzlichen Beweiſes ſehr unglücklich iſt. „Docet", ſagt er, „hoc responso Ulpianus (L. 47. de leg. I.) duas tantum culparum fuisse species. — — Nec est, quod obiicias, eundem Ulpianum levissimae culpae alio loco meminisse (L. 44. ad Leg. Aquil.) et sic videri, praeter latam levemque culpam fuisse tertiam aliquam culpae speciem, quae levissima diceretur. Non ignoro, id iis facile persuaderi, qui non observarunt, eum, qui levissimam culpam levem appellat, idcirco reprehendi non posse, quod certo certius sit, levi culpa nullam esse speciem culpae leviorem. Et quamvis inter leves culpas aliae potuerint aliis esse leviores, atque ita per consequens inter negligentias magnas aliis etiam aliae maiores; nihilominus tamen leviores et levissimas culpas leves esse nemo potest inficias ire. Id si

verum est, ad eam igitur speciem, quam culpam levem appellarunt iurisconsulti, referri debet levissima culpa; omnis enim levissima culpa levis est, sed non e contrario omnis culpa levis levissima est.“ Was man noch tadeln kann ist, daß er Alles hier aus einer logischen Nothwendigkeit herzuleiten scheint; im Uebrigen verhält es sich so, wie er sagt. Wie wenig man aber der Relation späterer Schriftsteller, die es denn auch meistens wieder durch andere zu haben pflegen, trauen könne, sieht man aus der Art, wie Brückner de culpa, quae concr. tal. dicit. §. 2. die Theorie des Råvardus referirt: „Raevardus“, erzählt er, „duas species culpae facit, alteram vocat specialem, alteram latam seu latiorem, parvam aut negligentiam putat in iure non dici culpam, levem seu specialem statuit aliam esse leviorem, aliam levissimam“ etc.; wer sollte nicht hieraus vermuthen, daß er die culpa levis und die levissima wirklich auseinander stelle? So ferner, wäre es wahr, was Glück Pandekten-Comment. B. 2. Tit. 14. §. 322. vorträgt, so hätte Donell an Burgius Electa cap. 12. (Otto thes. T. 1. p. 330.) noch einen Vorgänger gehabt, denn auch dieser schrieb schon 1585; allein Burgius nimmt offenbar drei Grade an, nennet aber den dritten immer nur diligentia, und hegt die absurde Meinung, daß in L. 44. D. ad L. Aquil. der Ausdruck culpa levissima für culpa levis stehe, und den mittleren Grad bedeute.

War es nun, daß der Fehler darin lag, daß

Donell's Vorgänger nur Eines und nicht Alles wußten, oder daß ihnen, wie ich für richtig halte, der Geist des Donell's fehlte, um das Einzelne zu gestalten und zusammen zu fügen; wenn man mit diesen Aeußerungen die Darstellung des Donellus vergleicht, so wird es niemandem, der seinen wissenschaftlichen Sinn zu Rathe zieht, einfallen, daß er jene beraubt, und sich mit fremder Erfindung geschmückt habe; die schönste Erfindung war immer das treffliche lebendige Ganze. Man lese es, und man wird mir beistimmen. Ohne Zweifel war es dieser innere Werth der Donell'schen Theorie, welcher die Aufmerksamkeit meines theuren Lehrers und Freundes Thibaut, dessen geistvollem Unterricht ich so viel verdanke, so früh auf sich zog, daß er schon, wie er zum ersten Mal Pandekten las (im Winter 1798—99), dieselbe ausführlich vortrug und im Ganzen billigte, und so hat sie auch andere treffliche Männer für sich gewonnen. Wogegen die übrigen Theorieen, selbst da, wo sie einmal logisch consequent gehalten sind, eben recht an Geistlosigkeit krank liegen. Wenn ich nun in wesentlichen Punkten von Donell's Ansicht abweiche, und auch das Resultat keineswegs dasselbe bleibt, so darf ich es um so weniger verschweigen, daß es doch immer seine Darstellung war, welche mich vorzüglich anregte, auch mein Heil mit dieser schwierigen Materie zu versuchen. Dabei fällt mir des redlichen Höpfners (Comment. S. 836. Not. 1.) naive Aeußerung ein: „daß die Gesetzgeber drei Grade unterschieden, war sehr vernünftig, denn, wie Otto diss. de praestat. cas. solit.

etc. cap. 1. §. 11. ſagt: omnium rerum, quae gradus habent, quos iuxta ἀκριβειαν mathematicam dimetiri non licet, tres gradus constituendi sunt, duo extremi et tertius, qui inter utrumque sit; sin plures facias, difficultates erunt infinitae, nec ubi alter incipiat, alter desinat, definire licebit. Uebrigens macht Titius ad Lauterbach obs. 102. eine ſehr treffende Anmerkung, zwar nur in Anſehung der negotiorum gestionis, die aber allgemein anwendbar iſt: haec res (de culpae gradu) magis in scholis quam in foro auditur; cum in vita civili plerumque non tam de gradu culpae, quam eius existentia, seu an in universum aliqua culpa commissa sit, quaeri soleat. Ich erinnere mich (im J. 1797) nicht, daß während meiner ſechs und dreißigjährigen Praxis mir ein einziger Fall vorgekommen wäre, wo die Parteien über den Grad der culpae geſtritten hätten.“ Auf die Exiſtenz der culpa d. h. einer im vorliegenden Fall imputablen Schuld, kommt es allerdings auch recht eigentlich an, und da mochte es für die gemeiniglich gern (ut ita dicam) naturaliſirenden Richter und Advokaten recht bequem ſein, daß in der Theorie das derzeit allgemein angenommene Syſtem nicht zu verſtehen, und viel weniger anzuwenden war; wie? und warum? wird ſich zeigen. Damals war die Lehre von der culpa faſt eine verlegene Waare; heut zu Tage wird wohl keiner im Ernſte behaupten wollen, daß eine neue Erforſchung derſelben überflüſſig oder praktiſch unbrauchbar ſei, oder man würde

gern oder ungern auf einigen Rückstand im juristischen Studium schließen müssen.

Was die Lesart betrifft, welche hie und da bei den einzelnen Texten angeführt sind, so hat der um unsere Wissenschaft so hoch verdiente Herr Professor von Savigny die besondere Güte gehabt, drei eigene MS., eins von den Pand. und zwei vom Cod. (sie sind ohne weitere Bezeichnung angeführt) und außerdem mehrere ältere Ausgaben, von denen genannt sind: Senneton. (Lugd. 1550. F.) Venet. 1477. 1484. 1486. F. 1501. Nor. 1482. 1483. Paris. 1510. 1528. 1529. 1548. 8. Mediol. 1482. Rom. 1476. Mogunt. 1475, für mich zu vergleichen; das Uebrige verdanke ich größtentheils meinen Freunden und ehemaligen Auditoren, den Herren Advokaten Karstens in Kiel und Truelsen in Tönningen, denen Herr Etatsrath Cramer in Kiel seine Sammlung sehr gütig dazu eröffnet hat. Die drei Kopenhagner MS. sind aus dessen trefflicher Ausgabe der Titel de V. S. bekannt. Ueber das hiesige MS. wird bald einige nähere Nachricht gegeben werden können. Der Gebauer'sche Text liegt allenthalben zum Grunde, und die in der Göttinger Ausgabe angeführten Lesarten sind gewöhnlich übergangen.

Nun möchte ich noch gern ein wenig gegen mich selbst polemisiren:

1) Am Schlusse des 9. Cap. ist, wie das schon oft geschehen, für die praestatio culpae omnis bei dem Kauf ein Argument vom Aedilit. Edict hergenommen worden. Wären die übrigen Argumente nicht besser wie dieses, so

würde es um den Beweis nicht sonderlich stehen. Vergl. Cap. 12. No. II, ich hielt mich auf betretenem Wege zu sicher. Uebrigens ist die Gleichheit der beiden Fälle in diesem Punkt wirklich vorhanden, nur ist der Schluß von dem Einen auf das Andere nicht zuverlässig. Das non utique deutet ein argumentum a maiori an, ohngefähr wie dem Schlußsatze in L. 5. §. 2. commod. zum Grunde liegt.

2) S. 26. not. 3. ist in einer Parenthese L. 18. §. ult. D. de dolo angeführt, die doch gar nicht dahin gehört. Woran ich dort dachte, und was dort nicht weiter zu erörtern war, werde ich vielleicht bald an einem andern Orte zur Rede bringen.

3) Ich glaube nicht, daß ich den Einwurf zu fürchten habe, meiner Behauptung, daß die aquilische Klage sich nur mit an sich, und ohne Rücksicht auf andere specielle Rechte (S. 15.) widerrechtlichen Schäden beschäftige, stehe entgegen, daß doch gerade nur speciell Berechtigte, namentlich der Eigenthümer, der Pfandgläubiger ꝛc., sie anstellen könnten. Wer mich einigermaaßen versteht, wird sich wohl nicht zu diesem Einwurf bekennen wollen. Ich habe schon einmal an einem andern Orte gezeigt, daß das Vermögen aus nach Geld schätzbaren Rechten bestehe; ist nun damnum Verminderung des Vermögens, so kann es freilich nicht fehlen, daß entweder bestimmte Rechte ganz verloren gehen, oder unnütz werden, oder daß sie in ihrem Geldwerth herabgesetzt werden. Dies kann aber geschehen, ohne daß man das Recht selbst in Anspruch

nimmt, oder daß man es nicht in vollem Sinn anerkennen will. Wenn jemand eine Uhr, die der Eigenthümer ihm in die Hand gab, aus Unvorsichtigkeit fallen ließ, wer wird sagen, daß er sein Eigenthumsrecht anfechte? Aber allerdings machte er dieses entweder ganz werthlos oder verminderte dessen Werth; es kann also gegen ihn die actio Legis Aquiliae, nicht aber die rei vindicatio oder die actio negatoria angestellt werden. Die indirecteste Art einer Schadenszufügung ist die, wenn man eine Sache beschädigt, für die der Andere verantwortlich ist, wie das Beispiel der actio furti und L. 2. pr. D. si quadrup. zeigen; hier ist die Gewißheit, daß künftig das Vermögen werde verringert werden, das damnum. Verschlechterung persönlicher Ansprüche, z. B. des Pachters, liegen in der Mitte. Die aquilische Klage beachtete Beides nicht, da sie ganz allgemein ein unmittelbares Verhältniß zur Sache verlangte. Dies war natürlich, und lag nicht darin, weil Anfechtung eines besonders qualificirten Rechtes erfordert wurde, sonst hätte immer die Klage zugelassen werden müssen, die dieses Recht charakterisirt (denn die Römer gingen bekanntlich von der Klage aus), und den Umfang desselben bestimmt, also z. B. die hypothekarische Klage, durch welcherlei culpa auch das Pfand verletzt worden. Nur der Vollständigkeit und größeren Klarheit wegen habe ich dieses noch ausgeführt.

4) Bei der Folgerung auf S. 240. hätte wohl dem Einwurf begegnet werden können, daß ich ja selbst annehme, nicht alle culpa levis sei culpa omnis, es liege

zwiſchen der eigentlichen culpa lata und culpa omnis noch die omissio diligentiae quam suis in der Mitte, ich beweiſe alſo zu viel u. ſ. w. Das ganze Raiſonnement iſt auch nur wahr, wenn man ſich vorhält, daß bei dem Falle der L. 1. si mensor der ganze Unterſchied zwiſchen culpa in abstracto und culpa in concreto vernachläſſigt worden, und natürlich, da Vergleichung mit Meſſungen eigener Ländereien beim mensor nicht leicht eintreten kann. Dagegen konnte unmöglich der zweite Grad der culpa in abstracto überſehen werden, wenn dieſer ſich noch wirklich von der culpa omnis als drittem Grade der culpa unterſchied.

5) Bei L. 18. §. 9. de damn. inf. (S. 296.) hätte noch wohl näher angegeben werden können, warum denn eigentlich der venditor hier immer in culpa gedacht werden müſſe, was doch gar nicht gleich einleuchten will. Allein in der Lex wird vorausgeſetzt,

a) daß der Käufer ſelbſt cavirt hatte, alſo kein objektives Hinderniß vorhanden ſein konnte;

b) daß ein Schaden geſchehen war, deſſen Erſatz ohne Wirkſamkeit dieſer Caution vom Nachbar nicht zu erhalten war. Wenn wir nun auch wirklich eine Möglichkeit annehmen, daß der Verkäufer ohne ſeine Schuld nicht gekonnt habe, was der Käufer doch konnte, ſo trat für dieſen ſeltenen Fall eine cautio de damno praeterito ein (L. 8. D. de damn. inf.).

Niemals war alſo eine Nothwendigkeit vorhanden,

die cautio d. d. infecto des Käufers vor der Tradition eintreten zu lassen, wenn ihm nicht etwa inzwischen die custodia übertragen war.

6) S. 275. ist nicht etwa die tutela legitima, die freilich bei den Römern viel häufiger war, als bei uns, und daß hier der tutor meistens selbst ein Interesse hatte, außer Acht gelassen; denn theils waren die übrigen Fälle doch von den Römern auch berücksichtigt worden, theils läßt sich leicht einsehen, daß dieses gemeinsame Interesse eine ganz andere Natur hat, als eine eigentliche Gemeinschaft, wovon dort die Rede ist.

7) Bei Gelegenheit der in §. 60 — 62. enthaltenen Entwicklung hätte noch wohl bemerkt werden können, daß eine culpa in concreto, die an sich levis ist, außerhalb einer obligatio nie als dolus betrachtet werden könne, wenn gleich beim depositum auch aquil. culpa in concreto prästirt wird, denn es wäre absurd, außer einem Verpflichtungsverhältniß jede Abweichung von der gewohnten Aufmerksamkeit zum Schaden einer fremden Sache gleich für fraus zu halten. Wo die Sache uns besonders anvertraut worden, ist dies anders. Die Frage ist übrigens fast nur theoretisch, zur Bestimmung des Begriffs, von Werth; damit die act. Leg. Aquil. Statt habe, ist natürlich dies ganz gleichgültig.

Cap. 12. No. IX. ist eine deutsche Bearbeitung, nicht bloß Uebersetzung, einer inzwischen erschienenen lateinischen Gelegenheitsschrift; das letzte Stück über das periculum dotium betreffende Verträge ist neu hinzuge-

kommen. Dies und Mehreres wurde nachgesandt, wie das vorhergehende MS. schon längst aus meinen Händen war.

Ich übergebe meine Schrift der gelehrten Welt mit dem frohen Vertrauen, welches in mir durch frühere Erfahrungen geweckt worden. Denn noch ist mir keine literarische Kränkung widerfahren, vielmehr bin ich öffentlich und insgeheim durch Lob und Theilnahme, mehr als ich verdiente, aufgemuntert worden. In einer Zeit, wo man von dem Unglücke des Vaterlandes und eigenem Schicksal schmerzlich getroffen ist, weiß man so freundliche Begegnung am besten zu schätzen und dankbar zu empfinden. Sollte diesem Buch ein Anderes begegnen, so werd' ich ja nicht zu sehr verwöhnt sein, um es mit Gleichmuth ertragen zu können. Daß mir selbst strenger Tadel, wenn er nur zur Wahrheit führt, willkommen sein wird, mag ich nicht versichern, da dies unter uns fast zur hergebrachten Floskel geworden. Aber auch unedelmüthigem Angriff werde ich nicht unedelmüthig begegnen: jeder Mensch hat schwache Stunden und Zeiten, und so möge mich dieses öffentliche Gelübde gegen mich selbst schützen. Von ächten Rechtsgelehrten erwarte ich dergleichen nimmermehr, denn ich denke wie Herder:

„je reeller und gründlicher eine Wissenschaft ist, desto „weniger herrscht eitler Zank unter denen, die sie „anbauen und lieben."

Königsberg im Juni 1815.

Vorrede

zur zweiten Ausgabe.

Die erste Ausgabe des vorliegenden Werkes war schon bei Lebzeiten des Verfassers vergriffen, und von diesem an eine zweite gedacht worden. Der Tod, der ihn vor der Zeit seiner Familie, seinen Freunden und der Wissenschaft entriß, verhinderte die Ausführung dieses Planes. Auch sein Schwiegersohn, mein unglücklicher Freund Püggé, der mehr als jeder Andere geeignet war ihn aufzunehmen, hatte eben nur die Einleitung mit dem neuen Verleger getroffen. Auf den Wunsch der Wittwe des Verfassers habe ich mich dieser Arbeit unterzogen und will nun Rechenschaft geben von dem dabei beobachteten Verfahren.

Von des Verfassers eigner Hand fanden sich als Vorarbeit zu einer neuen Ausgabe leider nur einzelne Randbemerkungen in seinem Handexemplar, großentheils Parallelstellen enthaltend zur vollständigeren Begründung des Textes. Diese sind genau durchgesehen und wo sie nicht offenbar bloß vorläufige Notiz, sondern von bleibendem Werthe waren, den Noten beigefügt und durch ein Sternchen ausgezeichnet worden. Nur wenige Zusätze hat auf diese Weise der Text selbst erhalten.

In Ermangelung anderer handschriftlicher Zusätze schien eine den Lesern willkommene Zugabe des Verfasser's Recension von Le Brun, Essai sur la prestation de fautes, die deshalb als Anhang III. aus der Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft, Bd. 4. wieder abgedruckt ist.

Anderes, von dem Verfasser nicht Herrührendes hinzuzufügen, mußte in vieler Hinsicht bedenklich erscheinen. Lehrbücher, die vorzugsweise auf den Gebrauch berechnet sind und keinen Anspruch auf Originalität machen, können füglich, um mit der Zeit fortzuschwimmen, auch von einem Dritten vervollständigt und umgearbeitet werden. Bei einem Werke von so eigenthümlicher Forschung und Darstellung wie das vorliegende mußte jeder Gedanke

an fremde Zuthat ſchwinden. Selbſt zu vergleichenden Litterarnotizen war keine Veranlaſſung, da merkwürdiger Weiſe ſeit der erſten Ausgabe, die Schriftchen von Elvers und Kritz ausgenommen, nichts Nennenswerthes über dieſe Lehre erſchienen iſt. Nur zwei Anmerkungen, eine neu aufgefundene Quelle und einen kritiſchen Verſuch der neueſten Zeit betreffend (S. 62. und 225.), habe ich mir in dem Buche ſelbſt erlaubt, und im Anhang IV. einen Aufſatz von mir abdrucken laſſen, deſſen Eingang die Veranlaſſung erzählt. Endlich iſt ein Quellenregiſter hinzugekommen, deſſen Nutzen bei einem ſo vorzugsweiſe auf Exegeſe gebauten Werke von ſelbſt einleuchtet.

Die Geſchichte des Buches betreffend iſt noch zu bemerken, daß es drei öffentliche Beurtheilungen erfahren hat:

Heidelb. Jahrbücher Oktober 1815 (von Thibaut).
Jenaiſche Allg. Litt. Zeit. April 1817. No. 61.
Halliſche Allg. Litt. Zeit. Auguſt 1818. No. 194.

Der erſten ſichert der Name ihres Urhebers die gebührende Berückſichtigung. Die zweite nennt der Verf. in einer handſchriftlichen Bemerkung „eine klägliche Recenſion". Die dritte hat er nicht nur in der Recenſion von Le Brun lobend genannt, ſondern auch durch vollſtändige Excerpte in ſeinem Handexemplar kund gegeben, daß er bei einer neuen Ausgabe auf ſie Rückſicht genommen

haben würde. Die abgedruckten Citate mögen dem Leſer ihre Vergleichung erleichtern.

Und ſo ſei dieſe neue Ausgabe den Freunden und Verehrern des Verfaſſers, ja dem ganzen juriſtiſchen Publikum in der wohlbegründeten Hoffnung übergeben, daß es als eines der ſchönſten Denkmale der in unſern Tagen neu erwachten Jurisprudenz fort und fort dazu beitragen werde, deren ächte Methode zu verbreiten und die Liebe für ſie immer neu zu erwecken.

Bonn, den 1. Auguſt 1838.

Der Herausgeber.

Einleitung.

Fängt die Abhandlung einer Materie, in welcher bis jetzt noch so wenig Licht und Klarheit, wie in der Lehre von der culpa zu bemerken ist, mit Tadel an, und stellt sie eine Uebersicht der auffallendsten Fehler, welche frühere Schriftsteller darin begangen haben, an ihre Spitze: so würde man doch in der That dem Verfasser Unrecht thun, wenn man gleich daraus auf Stolz oder Selbstgefälligkeit schließen wollte: eine gütige Auslegung würde es eher als einen Beweis ansehen, daß er sich über das, was zu meiden und was zu suchen war, sorgfältiger Rechenschaft gegeben. Indessen möchte dem Leser auch mit diesem Beweise nicht eben viel gedient sein, desto mehr aber damit, daß er gleich von vorne an in den rechten Gesichtspunkt gestellt werde; dazu kann aber, wie ich glaube, diesmal die Aufzählung bisheriger Verschuldungen einiges beitragen.

Man hat in unsrer Lehre in mehrerem Betracht ordentlich die Extreme aufgesucht, gleichsam als wollte man die beiden äußersten Enden der culpa, welche man annahm, sofort an sich selbst versuchen. So sprechen hier in neuerer Zeit Einige unaufhörlich von technischen Bedeutungen, und wollen alles recht streng juristisch fixiren, Andere dagegen machen es dem Römischen Sprachgebrauch so bequem, daß man gar nichts mehr hat, woran man sich halten kann, und alles einem unter den Händen unbestimmt und vulgär wird. Beides aber ist gleich fehlerhaft, und weder jenes unnatürliche Zusammenschnüren der

Worte, noch dieſes gänzliche Auflöſen derſelben iſt hier am Orte. Von techniſchen Ausdrücken ſollte man eigentlich nur dann ſprechen, wenn Worte gegen den gewöhnlichen Sprachgebrauch in der Wiſſenſchaft einen ſo gefeſteten Sinn annehmen, daß ſie dieſen in derſelben niemals oder doch nur ſelten gegen den gewöhnlichen vertauſchen; läßt dagegen ein Wort, je nachdem es in dieſem oder jenem Zuſammenhang vorkommt, bald eine weitere, bald eine engere Bedeutung zu, ſo iſt weder dieſe, noch jene ſchon darum techniſch zu nennen, und ſelbſt, wenn erſt eine beſondere Beziehung auf Recht und Geſetz nach der Natur des Zuſammenhangs eine beſondere juriſtiſche Bedeutung hervorbringt; ſo iſt darum noch keineswegs ein wahrer Kunſtausdruck anzunehmen, denn das kann ganz dem gewöhnlichen Sprachgebrauche angemeſſen ſein. Nun glaube ich aber, daß in der Lehre von der culpa im Römiſchen Recht nur ein einziges Wort in dieſem Sinne ein Kunſtwort iſt, nämlich das Wort diligentia ohne Zuſatz gebraucht, weil dann der Begriff auf eine Weiſe beſchränkt wird, wie es nicht der Zuſammenhang beſonders mit ſich führt, ſondern nach eigenem juriſtiſchen Gebrauch angenommen wird 1). Aber auch bei dieſem Kunſtworte treten noch gewiſſe Rückſichten ein, welche bei techniſchen Ausdrücken in andern Theilen der Rechtslehre nicht immer Anwendung finden, und gerade deswegen nicht vergeſſen werden dürfen. Wir haben es nämlich hier mit einem Stoff zu thun, der nicht, wie manche Materie des Römiſchen Rechts, — z. B. einige Theile des Erbrechts, und auch usucapio und possessio gehören weit mehr hierher als culpa — recht eigentlich in der Schule gebildet worden. Sobald davon die Frage iſt, was dem Men-

1) Höchſtens kann man noch custodia dahin rechnen, wenn es, eben ſo wie diligentia, das Aeußerſte des Fleißes scil. in custodiendo, bedeutet. Allerdings ſind aber auch die Formeln: culpam et diligentiam praestare, culpam et diligentiam exigere, debere u. a. d. g. techniſch; ſie ſind aber faſt nur als Abbreviaturen anzuſehen und man darf nur viel über dieſe Materie denken und ſchreiben: ſo werden einem unter den Händen im Deutſchen ähnliche entſtehen.

schen zugerechnet werden kann, was er vermeiden kann, was nicht, was von ihm in diesem oder jenem Fall mit Recht für Vorsicht gefordert werden kann, was ihn als bösartig und schlecht bezeichnet, was ihm nur als Nachlässigkeit nicht hingehen darf; so ist man gleich mitten im gemeinen Leben und hat mit Erfahrungen zu thun, die sich nur aus diesem schöpfen lassen. Schuld und Unschuld im Verkehr der Menschen unter einander lassen sich nur bestimmen, indem man darauf sieht, was von dem Menschen seine Natur verlangt und was die Menschen von einander unter gegebenen Umständen zu fordern pflegen; nur daraus läßt sich schließen, was sie in einem bestimmten Falle nach der Natur der Sache von einander zu erwarten ein Recht haben. Will man hierüber aber belehren, so muß man sich natürlich so sehr als möglich an den gemeinen Sprachgebrauch anschließen; denn Wort und Sache sind hier so nahe verknüpft, daß man sich gegen das erstere keinen Zwang erlauben kann, ohne die letztere auf den Kopf zu stellen. Die eigentlichen Kunstausdrücke müssen hier also nothwendig seltner sein, und selbst die etwa vorkommenden müssen sich aus dem natürlichen Sprachgebrauch gewissermaßen erklären lassen, und nicht gar zu schroff davon abstehen. Das Hauptgeschäft ist hier immer, den gemeinen Sprachgebrauch möglichst genau zu bestimmen, und ihm das Ungewisse und Schwankende zu benehmen, was er im Munde der Leute anzunehmen pflegt, die Sache selbst aber so zu normiren, wie es am schicklichsten und den natürlichen Verhältnissen am angemessensten ist. Die Römer haben für diesen einfachen Zweck sehr viel gethan, und wollen wir ihnen nicht geradezu entgegen arbeiten, so dürfen wir eben so wenig uns zu sehr an den Buchstaben binden, als ihnen eine Willkühr in den Worten und Redensarten zutrauen, wie sie kaum von den ungebildetsten Menschen erhört ist. Mit dieser Art des Zutrauens ist man hier aber zum Theil so freigebig gewesen, daß sich kaum noch in der großen Schwierigkeit des Verständnisses eine Entschuldigung finden läßt. Dasselbe Wort, derselbe Ausdruck in

einem und demselben Zusammenhang soll hier und dort einen ganz verschiedenen, ja entgegengesetzten Sinn haben (z. B. diligentia quam quis suis rebus adhibere solet); ja Einzelne sind so weit gegangen, wie z. B. H. Coccejus bei L. 13. §. ult. de pign. act., daß sie ein Wort in demselben Satze, nach Verschiedenheit der mehreren Verhältnisse, worauf es sich darin bezieht, einen doppelten und dreifachen Sinn ausdrücken lassen. Dabei haben sie denn nicht verfehlt, erst ihre eigenen noch zu beweisenden Voraussetzungen unterzuschieben, und nach Verschiedenheit dieser, ohne Rücksicht auf den doch gleichen Zusammenhang, verschiedene Bedeutungen eintreten zu lassen, so z. B. macht sich Prousteau ad L. 23. de R. I. cap. 14. No. 27. 28. selbst den Einwand, culpa außer dolus schlechthin gebraucht, gehe auf culpa levis, beim Mandat aber sei oft von praestatio doli et culpae die Rede; er antwortete, jenes gelte nur als Regel und nur in so weit „nisi contraria suadeat subiecta materia mandati vel negotiorum gestorum, quae diligentiam negotio convenientem requirunt ex intentione partium.“ Der Einwurf, recht verstanden, hieß aber doch, wie kommt denn ein solcher Ausdruck bei einem Geschäft vor, wo propter subiectam materiam das Aeußerste zu prästiren ist? Man hatte sich sagen lassen, daß im Lateinischen der Superlativ zuweilen für den Positiv und umgekehrt stehe, daß der Comparativ zuweilen nicht vergrößere, zuweilen gar verkleinere; da man nun versäumte, sich klar zu machen, woher dies eigentlich komme und was es im Munde führe: so meinte man nun, es könne ohne Rücksicht auf den speciellen Zusammenhang willkührlich hin und her, diligentissimus für diligens [1]), exacta diligentia für exactissima,

1) Wenn es z. B. in L. 25. §. 7. D. locati heißt: si omnia facta sunt, quae diligentissimus quisque observaturus fuisset: so soll nach Einigen diligentissimus für diligens stehen, und nur die mittlere culpa als zur Prästation gehörig bezeichnen. Aber ist es nicht durch den ganzen Ausspruch sonnenklar, daß hier das Aeußerste verlangt wird? Durch solche Auslegung wird eigentlich alle Auslegung überflüssig und vergeblich. Und doch, wer nur einigermaßen in der

latior culpa für lata oder auch minor quam lata u. s. w. geschrieben und verstanden werden, und dachte gar nicht daran, daß man dadurch alle Bedeutung der verschiedenen gradus überhaupt aufhebe, und daß das Sprechen und Schreiben sich nicht wie Taschenspielerkünste treiben lasse. Wie läppisch ist es nicht, wenn man zum Beweise, daß auch wohl z. B. in §. 2. I. quib. mod. re contr. obl. exacta d. für exactissima stehen könne, aus dem Virgil: Saturnia sancta Dearum anführt, und doch schreiben dies z. B. Prousteau l. c. cap. 13. §. 17. Rittershusius ad L. 23. d. R. I. proth. cap. 5. Nr. III. init. als eine dankenswerthe Bemerkung, der Glosse nach. Man kann wohl mit Recht sagen, daß immer in solchen Fällen nur scheinbar die verschiedenen gradus sich gleich sind, und daß man am besten sich so ausdrücke, es gebe zuweilen einen Zusammenhang, in dem es im Wesentlichen gleichgültig sei, ob der Positiv oder der Superlativ u. s. w. gebraucht werde; aber in jenem Verse des Virgils ist auch dies nicht einmal wahr: es sagt etwas ganz anderes, Juno, die Heilige unter den Göttinnen, als Juno, die heiligste unter den Göttinnen; jenes setzt voraus, daß sie ganz und gar heilig sei, dieses läßt den Worten nach zu, daß, wenn die übrigen Göttinnen nur wenig heilig sind, die Juno gerade nicht überaus heilig zu sein nöthig hat, um jene zu übertreffen. Zudem ist es doch gar zu gütig gegen die Römischen Juristen, ihnen in einer so einfachen, dem gemeinen Leben angehörigen Sache, wie die Lehre von der culpa ist, einen so recht ausdrucksvollen rhetorischen oder poetischen Schmuck beizulegen. Durch solche Oberflächlichkeit und den Römern untergeschobene Willkühr hat man hier freilich alle Fesseln abgestreift und man kann nun raisonniren, wie man will, die Texte müssen sich schon biegen lassen; daher es dann niemanden Wunder nehmen darf, daß hier vorzüglich völlig widersprechende Meinungen manchmal mit einer und derselben Gesetzstelle belegt werden.

Literatur dieser Lehre bewandert ist, wird mir Recht geben, wenn ich behaupte, daß dergleichen und noch Aergeres darin ganz gewöhnlich und vorherrschend ist.

Außer diesen zunächst die Erklärung des Wortausdrucks betreffenden Fehlern finden sich auch noch andere, welche näher die Sache angehen, und auch hier gibt es wieder zwei Extreme und ein Mittel, die aber alle drei nicht viel taugen. Einige raisonniren hier immer aus der Natur der Sache, und die Gesetze müssen sich fügen oder werden unterjocht, was ihnen aber gar zu sichtlich abgeht, wird durch die subtilsten Subtilitäten ergänzt, dies sind die starken Geister; Andere gehen pedantischer zu Werke, und lassen sich nicht dadurch irre machen, wenn sie in den Gesetzen, die sie dann freilich nur stückweise und wie zerpflückt betrachtet haben, die auffallendsten Sachen finden; endlich noch Andere verhehlen es nicht, daß Vernunft und Gesetze sich hier manchmal widerstreiten, sie geben aber doch diesen die Ehre des Vorzugs. Die letzte Manier ist, wenn auch eben nicht die klügste, doch sicher die bequemste. Indessen denke ich, wenn man das Werk mit einigem Eifer und zugleich etwas sinniger und umsichtiger anfängt, so kann man dieses Nothmittels noch wohl entrathen, und man darf auch nicht mit Duarenus u. a. überhaupt verzweifeln, hier Bestimmtheit und Harmonie wiederhervorzurufen. Der einzige und rechte Mittelweg aber, den man einschlagen kann, bildet sich erst durch Vermeidung aller gerügten Fehler, und ein ordentlicher Sprachgebrauch sowohl, als Natur der Sache und Gesetz, und Zusammenhang im Einzelnen und im Ganzen müssen hier so gut, wie sonst, ihre Stimme haben, und nichts von allem dem darf mit gleichgültigen Augen angesehen werden. Wenn denn aber auch ein so geregeltes Verfahren nicht gegen alle Verirrungen schützen, wenn es nicht in den Stand setzen sollte, alles hier zu ebnen, und alle Räthsel, deren es hier so viele gibt, zu lösen; so ist es doch dieses allein, was zum Ziele führen kann. Und in der That, man sagt nicht zu viel durch die Behauptung, daß die meisten das Ansehen haben, als hätten sie nicht einmal den guten Vorsatz dazu gefaßt. Die Belege werden im Verfolg gelegentlich vorkommen.

Erſtes Capitel.

Von der allgemeinſten Bedeutung des Wortes Culpa. — Umfang der Lex Aquilia — Bedeutung des Wortes Culpa, wie ſie für unſere Lehre brauchbar iſt.

---

§. 1.

Die längſt aufgedeckte 1) Wahrheit, daß in einer allgemeineren Bedeutung das Wort culpa auch den dolus umfaſſe, könnte hier füglich als bekannt vorausgeſetzt werden, und käme es nur auf dieſe an, ſo würde eine weitläuftige Erörterung ſehr überflüſſig und unzweckmäßig ſein; allein es liegt bei ihr noch eine andere Wahrheit verſteckt, welche es wohl verdient, ans Licht gezogen zu werden. Da von den Römern jene allgemeine Bedeutung des Wortes nicht weiter auseinander gelegt

---

1) So z. B. *Prousteau* recitat. ad L. 23. D. de R. I. cap. 3. pr. (*Meermann* thesaur. T. III. pag. 492.) *Davezan* lib. Contract. cap. 26. *Rittershusius* Comment. ad L. 23. d. R. I. proth. cap. 5. pr. Die alte Eintheilung in culpa versutiae et malitiae und culpa improvidentiae et negligentiae führt aber nicht nothwendig auf dieſe allgemeinere Bedeutung, da man die culpa lata ſelbſt ſo eintheilte und unter der culpa lata versutiae die geringſchätzige Beſorgung fremder Sachen in Vergleich mit eigenen, unter der andern culpa lata aber die eigentliche culpa lata in abstracto verſtand; jene wurde nicht für wahren dolus, ſondern nur für präſumtiven dolus gehalten. *Cagnolus* ad L. 23. d. R. I. No. 3—8. Aber in der That ſchon ſehr früh wußte man und lehrte man, daß dolus eine *Species culpae* s. l. ſei; ſ. *G. Maynerii* commentar. in tit. P. d. R. I. Lugd. 1545. h. l. No. 6. und ſeinen Vorgänger *Salicetus* ad L. 8. C. de pignorat. act.

worden, so pflegt man sich die Sache so vorzustellen, als sei dieselbe denn nun etwas ganz einfaches und könne bei ihr von einem weiteren und engeren Begriff ferner nicht die Rede sein. Dies ist aber irrig, und hat die Folge gehabt, daß Einige die besondere Lehre von der culpa und ihre Gränzen viel zu sehr ins Weite gezogen haben, anderer Nachtheile, die sich in der Folge ergeben werden, hier noch nicht zu gedenken. Um dies nun zu zeigen, müssen wir so ziemlich ab ovo anfangen, und ein etwas ermüdender Umweg wird uns erst zum Ziele führen.

Der allgemeinste, aber auch noch sehr vage Begriff von culpa ist ein Vergehen gegen irgend eine Regel, welche zu befolgen war, und man konnte in der Sprache des gemeinen Lebens von einem Flötenspieler, der durch verkehrtes Spielen die Harmonie störte, so gut sagen, daß er in culpa sei, als man im Deutschen von ihm sagen kann, daß er an der Störung schuld sei, oder ihn die Schuld der Disharmonie treffe: man sprach sicher nicht unrichtig, wenn man von dem Herrn, der einen Sklaven dafür züchtigte, daß er ein Schauspiel durch seine Fehler verdorben hatte, sagte: culpam puniebat comoedi, das Vergehen mochte nun absichtlich oder unabsichtlich, aus Tücke oder aus Nachlässigkeit und Unaufmerksamkeit geschehen sein. Alles was gegen Recht, Sitten, gute Ordnung geschieht, ist culpa. In nichtjuristischen Klassikern ließe sich dieser Sinn des Wortes leicht nachweisen 1), aber auch im Corpus iuris finden sich Spuren davon, z. B. in folgender Stelle:

---

1) Statt aller Belege will ich hier nur an das „magistra culpa potare“ des Horaz (Sat. II. 2. v. 123) erinnern, welche alleinige Lesart auch Wieland gegen Bentleys Emendation in Schutz nimmt. — Will man alles hier ganz genau haben, so glaube ich läßt sich noch so absondern:

a) allgemeinste und, wenn man will, schon zum Theil uneigentliche Bedeutung: alles was gegen eine Regel geschieht, sei es auch nur gegen die Regel eines Spiels oder eines convivii.

b) eine unsittliche Handlung, ein Vergehen gegen die sittliche Ordnung,

L. 11. §. 1. C. de repudiis Iustinianus A. Hermogeni magistro officiorum.

Si quis autem eam, quam sine dote uxorem acceperat, a coniugio suo repellere voluerit, non aliter ei hoc facere liceat, nisi *talis* culpa intercesserit, quae nostris legibus condemnatur. Si vero *sine culpa* eam reiecerit, vel ipse *talem* culpam contra innocentem mulierem commiserit, compellatur ei quartam partem — —

Die culpa, welche hier in Betracht kam, war ein Vergehen gegen die Familienregel, gegen die Hausordnung, gegen das, was das eheliche Verhältniß mit sich bringt. Nicht jedes Vergehen der Art war von den Ehegesetzen so gemißbilliget, daß der Mann deshalb die Frau sogleich verstoßen konnte. Es wird hier also zwischen culpa, quae legibus improbatur und solcher, quae legibus non improbatur unterschieden. Dies wäre nicht möglich, wenn in allgemeinster Bedeutung bloß das culpa hieße, was gegen die Gesetze streitet. Jedoch führt uns diese Gesetzstelle und besonders der Gegensatz: si vero sine culpa eam reiecerit, d. h. wenn er sie ohne eine culpa, wie sie hier allein in Betracht kommt, verstieß, gleich auf die allgemeinste juristische Bedeutung des Wortes, mit der wir es auch hier nur zu thun haben. Diese nämlich ist: ein Vergehen gegen Recht und Gesetz, eine widerrechtliche Handlung. Und zwar ist dies allerdings die eigentliche juristische Grundbedeutung, die sich in allen abgeleiteten wiederfinden muß.

---

mit Einschluß der Verletzung fremder Rechte: eigentlichere und herrschende Bedeutung bei den Klassikern. Ich will hier nur an die Worte des Cicero (in Verr. II. c. 17): „in hoc uno genere omnes inesse culpas istius maximas, avaritiae, maiestatis, dementiae, libidinis, crudelitatis“ erinnern

c) engere, aber ratione iuris allgemeinste Bedeutung: Rechtsverletzung.

Die uneigentlichste Bedeutung ist ohne Zweifel, wenn von einer Culpa *fati* (Sen. Oedip. X. 19.) oder *temporum* (Cic. ep. ad Att. IX. 2.) u. d. g. die Rede ist.

Sie zeigt ſich gleich in folgender, mit der zuvor angeführten nahe verwandten Stelle:

L. 9. §. 3. D. de minoribus Ulpianus lib. 11. ad Edictum. Si mulier, *cum culpa divertisset*, velit sibi subveniri, vel si maritus, puto restitutionem non habendam, est enim delictum non modicum: nam etsi adulterium minor commisit, ei non subvenitur.

Die Worte: cum culpa divertisset, können nichts anderes ſagen, als: wenn ſie ſich, ohne das Recht für ſich zu haben, von ihrem Mann ſchiede. Dies iſt eben ſo wohl widergeſetzlich, als wenn eine Minderjährige einen Ehebruch begeht; eine eigene Rechtsverletzung (culpa) nämlich kann dieſe überhaupt nicht für ſich anführen, um Reſtitution zu erlangen. Folglich iſt in dieſem Sinne, in culpa, wer widerrechtlich handelt, alſo jeder, der ſich wiſſentlich eine Befugniß anmaßt, die einem andern ausſchließlich zukommt, z. B. der malae fidei possessor 1); jeder, der einem andern von freien Stücken eine Leiſtung verweigert, worauf dieſer gegen ihn einen im Recht begründeten Anſpruch hat 2), jeder der gewaltthätig und mit

---

1) L. 7. §. 12. D. de A. R. D. Ex diverso, si quis in alieno, solo suo materia aedificaverit, illius fit aedificium, cuius et solum est — — Certe si dominus soli petat aedificium, nec solvat pretium materiae et mercedis fabrorum, poterit per exceptionem doli mali repelli: utique si nescit, qui aedificavit, alienum esse solum, et tanquam in suo bona fide aedificavit: nam si scit, *culpa* ei obiici potest, quod temere aedificavit in eo solo, quod intelligeret alienum: — Die Halvandriſche Lesart nam scienti alienum esse solum, potest culpa obiici, quia temere ſieht mehr einer Gloſſe ähnlich, drückt aber den Sinn vortrefflich aus.

2) L. 1. in f. D. depositi — Et verius est, teneri eum, hoc enim ipso dolo fecit, quod id, quod ad se pervenit, non reddit. L. 3. eod. Plane si possit rem redimere et praestare, *nec velit, non caret culpa*, quemadmodum, si redemtam vel alia ratione suam factam *noluit* praestare, causatus, quod semel ignarus vendiderit.

unerlaubter Heimlichkeit gegen den andern verfuhr 1); vor allem, wer ein Verbrechen begeht, so daß hier culpa und crimen, Schuld und Verbrechen, dasselbe ausdrücken 2); ebenfalls alle Fälle, die der actio doli unterworfen sind, gehören hieher, da dolus in diesem allgemeinen Sinn immer culpa ist 3); endlich ist, außer diesem allem, ganz allgemein ein jeder culpae reus, welcher dem andern auf eine unerlaubte Art Schaden zu Wege bringt. Dies letztere kann noch hauptsächlich auf zweierlei Weise geschehen, einmal dadurch, daß man sich eine Leistung, wozu man verpflichtet war, ganz oder zum Theil unmöglich macht, und sodann, indem man einem andern, ohne einer besondern Verpflichtung entgegen zu handeln, Schaden verursacht. Die Lehre von der culpa in diesem Sinn ist also mit der Lehre von unerlaubten Handlungen eine und dieselbe, und erstreckt sich so weit, als das ganze Recht, denn bei jeglichem Recht sind dasselbe verletzende Vergehungen möglich und diese immer sind culpa; die Lehre von unrechtmäßigen Beschädigungen aber ist nur ein Theil derselben.

§. 2.

Wenn man die im Vorigen genannten Fälle der culpa durch-

---

1) L. 15. D. de vi et vi armata. Si vi me deieceris vel vi aut clam feceris, quamvis sine dolo et culpa amiseris possessionem; tamen damnandus es, quanti mea intersit, *quia in eo ipso culpa tua praecessit, quod omnino vi deiecisti aut vi aut clam fecisti.* L. 11. C. de A. et R. P. Vitia possessionum a maioribus contracta perdurant et successorem auctoris sui *culpa* comitatur. Alles, was gegen das Edictum quod vi aut clam geschieht, ist culpa.

2) L. 14. §. 1. init. D. de re militari. Arma alienasse, grave crimen est, et ea *culpa* desertioni exaequatur. L. 2. C. de custodia reorum. Si quis in ea *culpa vel crimine* fuerit deprehensus, quo dignus claustris, carceris et custodiae squalore videatur. — Noch gehört hierher L. 11. D. depos. verb.: ut nec culpa quidem suspicio sit. Dies geht nämlich darauf, daß etwann zu vermuthen sein könne, der deponirende Sklave habe die Sache dem Herrn entwandt.

3) Vergl. S. 10. not. 2.

geht, so findet man, daß sie, bis auf einen, ihrem Umfange nach, ziemlich leicht zu bestimmen sind. Eine Anmaßung eines fremden Rechts bestimmt sich nach diesem Recht, wie die Weigerung einer Leistung nach der Verpflichtung zu dieser; was Gewalt, Versteckheit, Betrug sei, dürfte auch nicht gar schwer zu bestimmen sein. Die dahin gehörigen Fälle setzen eine absonderliche Beschaffenheit der Handlung oder eine eigene Absicht und Gesinnung in dem Handelnden voraus; selbst Beschädigungen, welche daraus entstehen, daß man sich eine Leistung unmöglich machte, nehmen die Natur der Verpflichtung an, welche diese Leistung zum Gegenstande hatte. Nur die Unerlaubtheit einer Schadenszufügung, die mit einer besondern Verpflichtung nichts zu thun hat, und eben so wenig eine Rechtsanmaßung nothwendig voraussetzt, beruht auf dem allgemeinen, an sich unbestimmten Recht, von unsern Mitbürgern zu verlangen, daß sie uns durch ihre Handlungen nicht beschädigen. Wer hier mit dem allgemeinen Satz: wer Schaden thut, muß Schaden bessern, auszureichen glaubte, würde sich sehr täuschen. Mag man nun Schaden (damnum) in der weiteren Bedeutung nehmen, da es auch die Entziehung eines sichern Gewinns begreift, oder in der engern, da es diese ausschließt; so ist immer das charakteristische Merkmal: Verminderung des Vermögens, des bestehenden oder des künftigen 1). Wollte man nun die allgemeine Regel aufstellen, daß es unerlaubt sei, so zu handeln, daß daraus für einen Andern Verminderung seines Vermögens erfolgte, so würde man bald die größesten Ungereimtheiten zugeben müssen. So z. B. würde aus dieser Voraussetzung folgen, daß man nie durch Concurrenz in Handelsspekulationen, oder sonst im Gewerbe, dem Andern einen Verlust an Vermögen zuziehen dürfe. Es bleibt also die Frage übrig 2): welche Beschädigungen sind an sich

1) L. 3. de damno inf. L. 2. in f. D. de eo quod certo loco. L. 27. §. 17. 28. D. de L. Aquil.

2) Es bedarf wohl keiner Erinnerung, daß hier mit der Gegenregel: qui

unerlaubt? Hierüber sind gesetzliche Bestimmungen unentbehrlich. In dem Römischen Recht fehlt es keineswegs daran, wohl aber an einem erschöpfenden Grundsatz darüber. Eine nähere Erörterung dessen, was dieses Recht darüber enthält, ist für die Lehre von der culpa zuverlässig nicht zwecklos.

§. 3.

Zuvörderst ist es eine ausgemachte Sache, daß Andern schädliche Handlungen, die in einem Nichtthun, in einem Unterlassen bestehen 1), in der Regel gar nicht unerlaubt, also auch keine culpa sind. Dies liegt schon in der Natur der Sache und in dem Verhältniß der Staatsbürger zu einander. Man braucht den Satz nur positiv auszudrücken: durch Unterlassen niemanden schädlich sein dürfen, sagt eben so viel, als umgekehrt: jedem Andern nützlich sein müssen, wo man kann. Eine solche allgemeine Alimentationspflicht würde dem Gerechten die Selbsterhaltung noch schwerer machen, als sie es ohnehin ist, und wo wäre denn da die Gränze? Nur ausnahmsweise also kann man auch ohne besonderes Verpflichtungsverhältniß gezwungen werden, die Unthätigkeit aufzugeben, welche einem Andern Nachtheil bringt. Daß die Römer dies nicht verkannten, kann man schon zum voraus versichert sein 2); aber man kann es auch allein

---

suo iure utitur, nemini facit iniuriam nicht geholfen sei, denn wollte man diese so ausweiten, daß sie auch bloß allgemein erlaubte Handlungen umfaßte, so wäre dann wieder die Frage: wie weit geht denn das suum ius? und die Antwort würde sein: so weit die Handlung erlaubt ist.

1) Daß das Wort facta im Lateinischen, so wie im Deutschen, Handlungen, auf beides, auf Thun und Nichtthun, bezogen werden kann, obgleich es im engern Sinn auf jenes allein, auf eine positive Thätigkeit, geht, bedarf doch wohl kaum einer Anführung, noch weniger der vielen Beweise, die man in nicht wenigen Schriften über culpa so sorgfältig gesammelt findet.

2) Sie ließen Ausnahmen zu, wo diese um des Stadt- und Ortfriedens willen unumgänglich nothwendig waren. Dahin rechne ich die Verpflichtung, den Schaden, welcher durch unsre Sachen zugefügt wird, zu ersetzen. Mich

aus dem Capitel de damno infecto lernen. Die cautio, welche wegen drohenden Schadens, z. B. von einem benachbarten Gebäude, nach prätoriſchem Recht erzwungen werden konnte, hatte zum Zweck erſt eine obligatio ad damnum futurum resarciendum aufzuſtellen, da es an ſich an einer Verpflichtung zur Ausbeſſerung gebrach. Die überall Unabhängigkeit, auch vom Nach-

dünkt, nichts iſt klarer, als daß man hier darauf Rückſicht nahm, man könne bis auf einen gewiſſen Punkt von einem Jeden verlangen, daß er über ſeine Sachen Aufſicht führe, ſo daß nichts davon Andern gefährlich oder ſchädlich werde. Von Sklaven galt das unbedingt (noxalis Aquiliae actio). Schaden, den Thiere anrichteten, gab bekanntlich nur Anſprüche auf Erſatz, wenn ſie auf eine Weiſe ſchadeten, die man von dieſer Art nicht als Naturnothwendigkeit erwarten konnte. Bei lebloſen Dingen fand, wenn nicht etwa die cautio damni infecti eintrat, höchſtens ein Retentionsrecht Statt. Vergl. L. 7. §. 1. 2. L. 8. L. 9. §. 1—4. de damno inf. mit L. 29. §. 2. 3. D. ad L. Aquil. Bei Sklaven iſt die Nothwendigkeit vorzüglich einleuchtend, denn wie hätte man ſich vor den Unarten fremder Sklaven ſchützen ſollen, wenn nicht ihr Herr durch Furcht vor eignem Verluſt genöthigt worden wäre, ſie in Zucht zu halten? Ob er dies gehörig gethan, konnte unmöglich in jedem einzelnen Falle unterſucht werden, es mußte hier alſo durchgegriffen werden, ſo gut wie bei der actio de effusis et deiectis gegen den qui inhabitat, wenn er es gleich nicht ſelbſt gethan: von dieſem wurde eine culpa gleichſam im Hintergrunde vorausgeſetzt, wenn auch von culpa hier gar nicht die Rede war. L. 1. §. 4. D. de his qui effud. (ſ. unt. §. 67. g. d. E.). So heißt es auf ähnliche Art in L. 5. in f. D. de O. et A. vom caupo: aliquatenus culpae reus est, quod opera malorum hominum uteretur. Dabei verſteht es ſich, daß die Formirung der actio noxalis eine ganz andere war, und nicht quasi ex delicto gegeben wurde, auch iſt es bekannt genug, daß die noxa der Perſon des Sklaven anklebte (noxalis actio caput sequitur); aber den erſten Herrn traf doch immer der Verluſt, da er um ſo wohlfeiler verkaufen mußte. *Cf. L. 11. §. 8. D. quod vi L. 11. §. 8. D. de act. empti. — L. 4. §. 1. D. de aleator. — L. 1. §. 18. depos. — Eine ſehr natürliche Ermäßigung war es, daß er mit Herausgabe des Sklaven ſich frei machen konnte. Hielt er jedoch einen Sklaven, der ſich ſchon als gefährlich gezeigt hatte, ſo haftete er ex Lege Aquil. ohne dieſe Einſchränkung L. 27. §. 11. ad L. Aquil. Ein gleiches galt aus gleichen Gründen ehemals bei Kindern. §. 7. in f. I. de noxal. act.

bar, liebenden Römer waren also über diesen Punkt sehr behutsam. Heut zu Tage, bei der handgreiflichen Billigkeit, daß einer sein Haus herstellen müsse, wenn es dem Nachbar Einsturz droht, würde ein Gesetzgeber wohl kein Bedenken tragen, für den Fall, daß der Einsturz, durch seine Nachlässigkeit im Repariren, wirklich erfolgte, vollen Schadenersatz, unmittelbar und ohne Vermittlung einer stipulatio, vorzuschreiben. Der Römische Prätor ließ sich lieber den Umweg gefallen, um dem Grundsatz nichts zu vergeben, daß niemand dem Andern zur Thätigkeit gehalten sei, und also auch nicht wegen Unthätigkeit zum Schadenersatz, wenn er sich nicht besonders dazu verpflichtet habe: eine gewiß sehr rühmenswerthe Behutsamkeit und Delikatesse.

Eben so wenig ist aber auch nach dem vorher Gesagten zu bezweifeln, daß nicht unbedingt alles Schaden durch Thun (positive Handlung) verantwortlich mache; dagegen gibt es aber doch eine Menge von Fällen, wo das Schaden durch Thätigkeit an und für sich, und ohne Rücksicht auf andere speciellere Rechte, unerlaubt und rechtswidrig, also culpa ist. Die eigentlich erhebliche und, wie ich glaube, bisher noch nicht genug erörterte Frage ist hier also die: wenn ist schädliches Thun widerrechtlich, oder, was dasselbe sagt, wenn ist es culpa? Es ist hier zuvörderst wohl zu merken, daß die Römer nirgends einen Grundsatz hierüber aufstellen, und es möchte sich auch schwerlich aus ihren vielen einzelnen Bestimmungen hierüber ein solcher mit überzeugender Klarheit und Bestimmtheit ableiten lassen. Dies führt uns jedoch auf die Lex Aquilia, weil in den von dieser handelnden Titeln jene einzelnen Bestimmungen enthalten sind.

§. 4.

Wer den Neueren auch sonst alles Verdienst in dieser Lehre absprechen wollte, müßte ihnen doch dieses Verdienst lassen, daß sie die Lex Aquilia mit hierher gezogen haben 1). Da bei dieser

1) Nur ist es freilich nicht immer im rechten Sinne geschehen, und man

so oft von culpa die Rede ist, so kann es fast nicht fehlen, daß eine genauere Untersuchung der Natur und Eigenschaft der dort vorkommenden culpa Aufschlüsse gewähren müsse. Die älteren Schriftsteller, so viel mir davon zu Gesicht gekommen, haben dies weniger benutzt, und was in den Abhandlungen der Lex Aquilia gelegentlich darüber vorkommt, ist nicht sonderlich brauchbar. Selbst Donellus, der in seiner Theorie der culpa so sorgfältig zwischen culpa in faciendo und non faciendo unterscheidet und so viel auf diesen Unterschied gründet, erwähnt hier nur einmal beiläufig der Lex Aquilia, und daß diese keine culpa in non faciendo zulasse; und doch kann nur eine genaue Kenntniß der Aquilischen culpa, wie wir sehen werden, über den wahren und fruchtbaren Sinn dieses Unterschiedes hinreichende Auskunft gewähren. Schömann und Löhr sahen beide die Wichtigkeit dieser Beziehung ein und kommen beide bald auf die Lex Aquilia und ihre culpa zu sprechen. In allen Fällen, schreibt Löhr 1), wo widerrechtlich Schaden entstanden war „(nämlich durch Thun, wie im Vorhergehenden enthalten war) wurden actiones in factum gegeben"; Schömann 2): „die Aquilia vindicirt jedes widerrechtliche, positive Faktum, die positive Thätigkeit in ihrem ganzen Umfange." Ich glaube dies, recht verstanden, auch und halte mich sogar überzeugt, daß man die Römer in der Lehre von der culpa überall nicht verstehen kann, ehe man sich möglichst genaue Rechenschaft darüber gegeben, wie weit positive Thätigkeit, welche Andern Schaden bringt, an sich widerrechtlich sei, so daß sie zur Lex Aquilia gezogen werden könne. Es dürfte aber ersprießlich sein, diese Untersuchung noch einmal wieder von vorne anzufangen und jedes hier Erhebliche der Ordnung nach durchzugehen.

---

war in Gefahr, das ganze Recht von der negativen Seite betrachtet, in diese Lehre hineinzupressen.

1) Theorie der culpa S. 84.

2) Handb. d. Civilr. B. 1. S. 206.

§. 5.

I. Die Lex Aquilia hob alle früheren Gesetze, welche vom damno iniuria dato gehandelt hatten, auf, auch das Zwölftafelgesetz, so weit es von diesem redete.

Dies sagt Ulpianus in L. 1. D. ad L. Aquil. mit deutlichen Worten. Glück 1), indem er dies auch anführt, bemerkt dabei:

„Nur einige, welche von einzelnen Arten des damni iniuria dati handelten, scheinen sich im Gebrauche erhalten zu haben. Denn so sagt Ulpian, daß wegen der heimlich geschehenen, boshaften Beschädigung der Bäume, sowohl die Klage aus dem Aquilischen Gesetz, als die actio arborum furtim caesarum aus den zwölf Tafeln Statt habe. Eben so konnte wegen der noxia servi alieni sowohl aus den zwölf Tafeln, als aus dem Aquilischen Gesetz geklagt werden."

Für das erstere führt er L. 1. D. arb. furt. caes., für das letztere L. 2. §. 1. D. de noxal. act. und L. 32. D. de O. et A. an. Aus dem ersteren ist der Schluß, das letztere ganz falsch. Von jenem wird bald die Rede sein, hier von der actio noxalis, welche noch immer aus den zwölf Tafeln soll angestellt werden können. Glück hat hier die L. 2. §. 1. cit. gänzlich mißverstanden. Die Stelle ist von Ulpianus, von demselben, von dem die L. 1. D. ad L. Aquil. entlehnt wurde. Sie handelt von dem Fall, da der Sklave mit Vorwissen seines Herrn tödtete, und da heißt es im Anfange, in diesem Fall könne der Herr im eignen Namen, und als hätte er es selbst gethan und sich des Sklaven nur als eines Werkzeugs bedient, mit der Aquilischen Klage belangt werden, denn er konnte es ja hindern. Celsus hatte noch, wie Ulpianus bemerkt, als Grund dieses Satzes angeführt, der Sklave sei ohne alle Schuld, da er gehorchen müssen. Dies, meint Ulpianus, beschränke sich blos auf den Fall, wenn der Herr, außer dem Mitwissen, es auch noch

1) Pandecten-Commentar 10ten Theils 1te Abth. S. 308.

befohlen habe 1); wenn er es nur nicht verboten habe, ſo ſei der Sklave nimmermehr ohne Schuld. Und nun fährt er fort:

Celsus tamen differentiam facit inter Legem Aquiliam et legem duodecim tabularum. Nam in Lege antiqua, si servus, sciente domino, furtum fecit, vel aliam noxam commisit, servi nomine actio est noxalis, nec dominus suo nomine tenetur; at in Lege Aquilia (inquit) dominus suo nomine tenetur, non servi. Utriusque Legis reddit rationem: duodecim Tabularum, quasi voluerit servos dominis in hac re non obtemperare, Aquilia quasi ignoverit servo, qui domino paruit, periturus, si non fecisset. Sed si placeat, quod Iulianus libro octogesimo sexto scribit, „si servus furtum faxit, noxiamve nocuit“ etiam ad posteriores leges pertinere, poterit dici, etiam servi nomine cum domino agi posse noxali iudicio, ut quod detur Aquilia adversus dominum, non servum excuset, sed dominum oneret. Nos autem secundum Iulianum probavimus, quae sententia habet rationem et a Marcello apud Iulianum probatur.

Celſus war hier der irrigen Meinung, daß die XII und die L. Aquilia von ganz verſchiedenen Geſichtspunkten ausgingen, indem dieſe den Sklaven entſchuldigte, jene nicht. War dies wahr, ſo mußte natürlich die L. Aquil. als das ſpätere Geſetz, vorgehen, und man durfte nicht einmal die clausula derogatoria erſt noch in Anſpruch nehmen. Allein Celſus hatte hier immer den Fall vor Augen, da der Herr befohlen hatte, dagegen war nach den Worten der zwölf Tafeln nur von dem die Rede, da der Herr es gewußt und nur nicht verboten hatte 2). Alſo war eigentlich hier kein Widerſpruch zwiſchen den beiden Geſetzen. Die Lex Aquilia, dachte Ulpianus, wollte, der Herr ſolle hier ſelbſt belangt werden können, dies ſchließe aber die

1) *Vergl. L. 11. §. 7. D. quod vi aut clam.

2) So legte auch Paulus die scientia hier aus: L. 45. pr. D. ad L. Aquil. Paulus lib. 10. ad Sabinum. Scientiam hic pro patientia accipimus, ut, qui prohibere potuit, teneatur si non fecerit.

Klage gegen den Sklaven nicht aus. Daraus, daß die Aquilia den Herrn für schuldig erkenne, folge noch nicht, daß sie den Sklaven für unschuldig erklärt habe. Es frage sich also nur, ob man hier das spätere Gesetz aus dem früheren ergänzen dürfe, natürlich nicht so, daß man nun noch eine Noxalklage aus den zwölf Tafeln zulasse, denn sonst hätte hier der Sklave, oder vielmehr sein Herr für ihn die Strafe leiden müssen, welche die XII auf das damnum iniuria datum gesetzt hatten, was offenbar der clausula derogatoria würde widerstritten haben; sondern so, wie Julianus es vorschlug, daß man die Worte: si servus furtum faxit noxiamne nocuit etc. zu dem spätern Gesetz hinüberziehe, und die actio Legis Aquiliae noxalis gegen den Herrn des Sklaven ebenfalls zulasse und ihn also doppelt bedränge. Dies hielten Julianus, Marcellus und Ulpianus für richtiger, und mich dünkt, die hatten Recht; denn die Abschaffung der älteren Gesetze betraf nur die Strafe des damni iniuria dati, das Verfahren darüber und die Frage, ob wirklich ein damnum iniuria datum vorhanden sei. Darüber war hier aber gar nicht die Frage, sondern nur darüber, wie in einem Falle der Art das Verhältniß zwischen Herrn und Sklaven zu betrachten sei, und wer hier wegen eines ausgemachten damni iniuria dati auf die in der Lex Aquilia festgesetzte Strafe mit der Klage derselben belangt werden könne. Da nun hierüber die L. Aquil. nichts Entgegenstehendes enthielt, (Celsus hatte dies irrig angenommen und nur darum widersprochen) so konnte auch noch immer das Zwölftafelgesetz über diesen Incidentpunkt befragt werden; denn unmöglich konnte die Lex Aquilia anderen Rechtstheilen, worüber andere Gesetze etwas bestimmt hatten, alle Einwirkung auf die ihr unterworfene Materie versagen und sich so ganz isoliren wollen. Daß man aber den dominus hier das Unrecht doppelt empfinden ließ, ist ganz der Natur einer actio poenalis angemessen 1).

1) Vergl. L. 51. D. ad L. Aquil. *S. dagegen H. A. L. Z. 1818. No. 194. August S. 715.

Ueber die L. 56. de O. et A. cit. hat ſich Glück nicht weniger geirrt. Sie iſt von Pomponius und lautet ſo:

Quaecunque actiones servi mei nomine mihi coeperunt competere, vel ex duodecim tabulis, vel ex Lege Aquilia, vel iniuriarum, vel furti, eaedem durant, etiamsi servus postea vel manumissus, vel alienatus, vel mortuus fuerit.

Glück dachte: was kann dieſer actio servi nomine ex duodecim tabulis competens für ein Fall unterliegen, als der, da der Sklave von einem andern Sklaven mit Vorwiſſen des Herrn beſchädigt wurde? Aber er erinnerte ſich nur nicht der actio si quadrupes pauperiem fecisse dicatur 1).

Alſo die Nachricht, daß die L. Aquilia alle das damnum iniuria datum betreffende Geſetze aufgehoben, iſt unbedingt zu verſtehen: es konnte aus keinem andern Geſetz deshalb geklagt werden. Daraus ergibt ſich denn aber ferner:

§. 6.

II. Die Lex Aquilia umfaßt alles, was damnum iniuriae iſt, und nichts iſt damnum iniuria datum, was nicht zur Lex Aquilia gehört.

Es findet ſich im Corpus iuris keine Spur von ſpäteren Geſetzen, die über d. i. d. etwas verordnet haben; ſo oft davon

---

1) L. 1. verglichen mit L. ult. D. si quadrupes — daß Glücks Vorſtellung irrig ſei, beweiſt auch noch §. 4. I. de noxalibus act. Sunt autem constitutae noxales actiones, aut Legibus, aut Edicto Praetoris. Legibus, veluti furti ex Lege XII Tabularum, damni iniuriae ex Lege Aquilia. Edicto Praetoris, veluti iniuriarum et vi honorum raptorum. — Dieſelbe Behauptung findet ſich aber ſchon mit denſelben Gründen, wie ich erſt ſpäter gewahr geworden, bei Suarez de *Mendoza* Commentar. ad Leg. Aquil. cap. 2. No. 65. etc. Mendoza behält jedoch darin immer Recht, daß die Lex Aquilia den XII nur derogirte, nicht eigentlich abrogirte; denn ſie hob dies Geſetz nur in den Punkten auf, die ihre Materie betrafen; aber das hat denn freilich auch noch niemand bezweifelt. Seine Beiſpiele aber von damnis iniuria datis, welche aus den XII noch bei Gültigkeit erhalten worden, ſind alle falſch.

die Rede ist, ist auch die Lex Aquilia gemeint, und heißt diese sehr häufig schlechthin damni iniuriae actio. Ueber diesen Punkt hatte dies Gesetz in seinem Geiste und nicht bloß dem Buchstaben nach verstanden, völlig Genüge geleistet. Wo also nicht die Actio ex Lege Aquilia angestellt werden kann, da ist kein d. i. d. vorhanden und umgekehrt. Es ist also zu untersuchen, was die L. Aquil. als d. i. d. ansah? Zuvörderst waren alle Beschädigungen ausgeschlossen, die in einem bloßen Nichtthun bestehen. Die L. 13. §. 2. D. de usufructu, welche dieses deutlich aussagt 1), ist bekannt und bedarf hier keiner weitern Ausführung. Dasselbe enthält aber auch, obgleich versteckter L. 27. §. 9. D. ad L. Aquil. 2). Der hier interessante Fall ist der, da ein Sklave das Feuer angelegt und einem zweiten die Obhut überlassen hatte. Dieser zweite hatte sich zum Feuer hingestellt, aber noch nichts gethan, als das Feuer schon überhand nahm: eben dieses Nichtsthun aber und daß er nicht zu rechter Zeit das Feuer eingeschränkt hatte, war schuld an dem Aufbrennen der Villa. Wie war nun hier heraus zu kommen? Der letzte Sklave hatte nichts gethan, der erste nichts versehen. Dies hätte keine Bedenklichkeiten verursachen können, wenn nicht als Regel gegolten hätte: ein damnum iniuria datum kann niemals ein Nichtthun zum Grunde haben, es wird dabei ein Thun vorausgesetzt. Aber Ulpianus (derselbe, von dem die L. 13. §. 2. de usufr. ist) ent-

---

1) S. unten §. 32.

2) Si fornacarius servus coloni ad fornacem obdormisset, et villa fuerit exusta, Neratius scribit, ex locato conventum praestare debere, si negligens in eligendis ministeriis fuit. Ceterum si alius ignem subiecerit fornaci, alius negligenter custodierit, an tenebitur qui subiecerit? nam qui custodiit, *nihil fecit*, qui recte ignem subiecit, non peccavit: quid ergo est? Puto utilem competere actionem tam in eum, qui ad fornacem obdormivit, quam in eum, qui negligenter custodiit. Nec quisquam dixerit in eo, qui obdormivit, rem eum humanam et naturalem passum, cum deberet vel ignem extinguere, vel ita munire, ne evagetur.

scheidet doch, daß gegen den negligenter custodiens die actio utilis Leg. Aq. Statt finden könne? Allerdings; es lag aber auch in diesem einzelnen Fall am Tage, daß es Unsinn sein würde, hier jene Regel anzuwenden; es war offenbar, daß das Nichtthun hier völlig dem Thun gleich stehe, ja, daß wenn man hier, wo es doch am Ende auf Gerechtigkeit ankommt, nicht zu subtil sein wollte, die Uebernahme der Obhut und das Hinstellen an den Ofen schon als ein Thun zu behandeln war, das mit der folgenden negligentia als eine Handlung betrachtet werden mußte. Tritt aber dieses ein, so kommt auch nichts darauf an, ob das vorangehende Thun an sich schon widerrechtlich und schädlich war, oder es erst durch die damit zusammenhängende Nachlässigkeit wurde 1).

Ein Fall, der die Sache vollends klar macht, kann von L. 8. pr. D. ad L. Aquil. 2) hergeleitet werden. Gesetzt der Arzt hatte noch die Heilung nicht angefangen, hatte jedoch den Kranken schon besucht, vorgebend, daß er die Krankheit erst beobachten wolle, und war dann ganz weggeblieben. Wäre es nicht lächerlich, hier, damit die Schadensklage Statt finden könne, zu verlangen, daß er schon irgend ein Mittel gegeben (das Besuchen und sich mit dem Kranken Befassen würde hier schon als positive Handlung anzusehen sein, mit der die folgende Unterlassung ein faktisches Ganze ausmacht) wie es in dem Fall des fornacarius lächerlich sein würde, darnach zu fragen, ob er auch schon die Kohlen mit der Zange berührt habe, oder nicht? Freilich konnte, aber aus einer ganz andern Rücksicht, in allen diesen Fällen nicht die directa, sondern nur die utilis actio Statt finden 3).

---

1) L. 30. §. 3. D. ad L. Aquil.

2) Idem iuris est, si medicamento perperam usus fuerit. Sed et qui bene secuerit et dereliquit curationem, securus non erit, sed culpae reus intelligitur.

3) L. 7. §. 6. D. ad L. Aquil.

Was kann aber der Grund sein, weswegen ein bloßes Nichtthun zur actio leg. Aquil. nicht hinreicht? Nichts anderes, als daß, wie wir oben gezeigt haben, eine Unterlassung, welche Schaden zufügt, niemals schon darum und ohne Hinzutreten eines besondern Verpflichtungsverhältnisses widerrechtlich sein kann. Dies führt uns auf den dritten Punkt, der, weil er vor Mißverständnissen in der Folge schützt, hier näher betrachtet werden muß.

§. 7.

III. Nicht jede Schaden bringende Handlung, die irgend einem Recht widerstreitet, sie mag nun positiv oder negativ sein, sondern nur eine solche, welche an und für sich und lediglich darum, weil sie Schaden bringt, widerrechtlich ist, ist für ein damnum iniuria datum zu achten.

Schon wenn die Lex Aquilia alle von damnum iniuria datum handelnden Gesetze aufheben sollte, könnte dieser Ausdruck unmöglich in so allgemeiner Bedeutung genommen werden, daß er jede Widerrechtlichkeit begriffe, welche Schaden anrichtet. Natürlich ist hier nicht bloß von dem Wortverstande der Lex Aquilia, auf welchen die actio directa sich beschränkte, (niemand hat noch glauben können, daß dieser sich so weit erstrecke); sondern es ist von diesem Gesetz in seiner vollen Ausdehnung, so wie der Geist desselben sie zuließ und jene Aufhebung der früheren Gesetze sie nothwendig machte, die Rede. Auch die actio utilis oder in factum setzte, wie niemand wird bezweifeln wollen, ein damnum iniuria datum voraus, wenn gleich die directa im vorzüglichsten Sinn damni iniuriae und Aquiliae actio hieß 1). Jene wurde in Fällen, da die Worte nicht

1) Mit Beziehung hierauf sagte man denn auch wohl im Fall einer actio utilis, es sei kein damnum iniuria datum vorhanden, nämlich in dem engeren Sinne, daß die actio directa angestellt werden könne. So heißt es z. B. in L. 30. §. 2. D. ad L. Aquil.: si quis alienum vinum vel frumentum consumpserit, non videtur damnum iniuria dare: ideoque

zureichten, ex sententia Legis Aquiliae 1) gegeben, dieſe sen-

utilis danda est actio. Aber warum wurde denn hier die actio utilis gegeben? offenbar nur deswegen, weil hier auf eine eben ſo an ſich widerrechtliche Weiſe Schaden angerichtet worden, als wenn einer das Korn ins Feuer geworfen. Die actio directa konnte freilich nicht angeſtellt werden, ſondern es mußte, wie L. 27. §. 20. eod. es ausdrückt, quasi de frumento corrupto, alſo auch nur quasi de damno iniuria dato geklagt werden. — Sonſt wird die Redensart auch allgemein gebraucht, z. B. L. 9. §. 2. de minor. Den Satz: „nam et si furtum fecit vel damnum iniuria dedit“ (scil. minor) „non ei subvenietur“ haben die vulgatae editiones und ſchon die Baſiliken, wenn er gleich bei dem Original der Florentina nur beigeſchrieben iſt. Das folgende macht ihn auch nothwendig. Hatte der minor einen Schaden geſtiftet, den die utilis actio traf, ſo ward er doch wohl auch nicht reſtituirt. So iſt auch ohne Zweifel, wenn im tit. D. nautae caupones vom damnum iniuria datum die Rede iſt, aller Schade, der mit irgend einer Aquiliſchen Klage verfolgt werden konnte, gemeint. Eben ſo, wenn, wie in L. 19. D. commod. L. 41. D. locat. von custodia gegen damnum iniuria datum die Rede iſt. Vgl. noch L. 54. §. 2. de acq. rerum dom. L. 1. D. de publicanis u. ſ. w. Ueberhaupt halte ich dafür, daß, wo nicht die Verbindung darauf hinweiſt, daß auf den Unterſchied der a. directa u. utilis beſtändig Rückſicht zu nehmen war, wie im Tit. de L. Aquil. ſolche Ausdrücke allgemein zu nehmen ſind. Sogar im tit. C. de L. Aquil. nämlich in L. 5. wird in einem Fall, da die directa nicht Statt hat, vergl. L. 9. §. 2. D. eod. — der Ausdruck legis Aquiliae actio gebraucht, aber es kam dort bloß darauf an, bemerklich zu machen, daß in dem vorliegenden Falle in duplum (ob inficiationem) geklagt werden könne. Wenn z. B. in L. 7. §. 1. commodati davon die Rede iſt, ob der vom commodator mit der actio Legis Aquiliae belangte socius auf Ceſſion dieſer Klage beſtehen könne, ſollte dort nicht auch die utilis gemeint ſein? Wenn in L. 18. §. 1. eod. geſagt wird, wenn die res deposita deterior facta sit, ſo ſtände außer der Contractsklage auch die actio Legis Aquiliae zu; ſo denke ich, wird z. B. deponirtes Mehl eben ſo wohl ſchlechter dadurch, wenn man Sand darunter miſcht, als wenn man es verſengte oder anfeuchtete, vergl. L. 47. §. 1. L. 48. pro socio. In L. 10. pr. D. communi divid. wird zur Legis Aquiliae actio nichts weiter verlangt, als daß der socius aliquid in re communi admisit, aber es war freilich da auch nur von Concurrenz mit der actio pro socio die Rede. Dies ließe ſich leicht vermehren; ganz entſcheidend iſt ja aber die ſo ſehr bekannte

tentia aber konnte so wenig als der Buchstabe auf etwas anderes als damnum iniuria datum gehen. Wie hätte sie auch sonst Legi Aquiliae accommodata heißen können 2)? Die Aquilische Klage nun in ihrem ganzen Umfange erhält erst dadurch, daß man Beschädigungen, die an sich widerrechtlich sind, ihr zum Grunde legt, einen bestimmten Raum, den sie auszufüllen hat, und in dem sie jede andere gesetzliche Hülfe überflüssig machen konnte. Sobald sie Statt finden soll, muß die Thatsache, worauf es ankommt, so geartet sein, daß keine absonderliche Zurechnung, keine vorzügliche Schlechtigkeit, oder arge Absicht, keine Verletzung einer obligatio, oder irgend eines sonstigen Rechts, außer dem allgemeinen Recht auf Schadloſigkeit erforderlich ist, damit Widerrechtlichkeit vorhanden sei. Daß dies aber sich wirklich so verhalte, läßt sich am leichtesten mit dem Beispiel der actio doli erweisen. Ohne Zweifel setzt diese eine sehr widerrechtliche Thätigkeit voraus, denn was kann widerrechtlicher sein, als Betrug, und wer kann dem die Thätigkeit absprechen, welcher es sich zum Geschäft macht, Andere zu

---

L. 13. §. 2. de usufructu, denn nur die actio Legis Aquiliae in ihrem ganzen Umfange konnte die cautio usufructuaria unnütz machen, wenn nicht auch Unterlassungen hier in Betracht kamen. Ueber den Namen damni iniuriae actio insbesondere ist nachzusehen L. 27. §. 21. D. ad L. Aquil. verglichen mit L. 14. D. de praescript. verb. (wegen der Worte: in profundum vergl. §. 2. prooem. I. L. 15. D. de legat. III.) beide Stellen von Ulpian. — *S. auch noch L. 12. L. 13. pr. D. quod vi a. clam verglichen mit L. 11. §. 10. L. 12. D. ad L. Aquil. — L. un. §. 5. D. de ripa mun.

1) L. 6. C. de Lege Aquilia.

2) L. 11. D. de praescriptis verbis: Quia actionum non plenus numerus esset, ideo plerumque actiones in factum desiderantur. Sed et eas actiones, quae Legibus proditae sunt, si lex iusta ac *necessaria* sit, supplet Praetor in eo, quod Legi deest: quod facit in Lege Aquilia, reddendo actiones in factum, accommodatas Legi Aquiliae: *idque utilitas eius Legis exigit.* — In L. 12. D. ad L. Aquil. heißt es: danda est ad exemplum Legis Aquiliae actio, in L. 53. eod. datur in te ad exemplum Legis Aquiliae in factum actio.

ihrem Nachtheil zu täuschen und zu berücken? Ist machinatio ad circumveniendum, fallendum, decipiendum alterum adhibita 1) nicht ein gesetzwidriges Thun? Sie ging aber auch gerade auf Entschädigung, und natürlich nur, wenn der dolus Schaden zur Folge gehabt hatte, konnte im Privatrecht deshalb geklagt werden 2). Zugleich war sie bekanntlich nur in supplementum gegeben, das heißt, sie konnte nicht anders angestellt werden, als wenn man mit keinem andern Rechtsmittel dasselbe erreichen konnte, was man mit der actio doli erreichen wollte 3). Quae dolo malo, hieß es im Edict, facta esse dicentur, *si de his rebus alia actio non erit*, et iusta causa esse videbitur, iudicium dabo. War nun also die Aquilische Klage für eine widerrechtliche Thätigkeit in jenem allgemeinen Sinn, da sie denn auch die Fälle der actio doli begriffen hätte, gegeben, so war damit die letztere und das ganze edictum de dolo malo überflüssig. Will man dieses ungereimte Resultat vermeiden, und doch die Aquilische Klage die Klage wegen widerrechtlicher Schadenszufügung nennen, so muß man diesen Ausdruck in einem engeren Sinn nehmen, so wie der Römer den seinigen, und darunter eine an und für sich widerrechtliche Schadenszufügung verstehen 4). Fast mit dürren Worten ist dies gesagt in:

---

1) L. 1. §. 2. in f. D. de dolo.

2) L. 18. §. 4. D. eod.

3) Einzelne Ausnahmen, selbst wenn sie die Lex Aquilia als im einzelnen Fall concurrirende Klage, mit betreffen sollten, (s. nur L. 18. §. ult. D. de dolo) können so wenig entgegen stehen, als daß die Aquilische Klage dem, der nur ein persönliches Recht hatte, doch nicht zustand, denn gewöhnlich konnte sich dieser auf andere Weise, z. B. durch seinen Anspruch auf cessio actionis, helfen und auf die geringen Fälle, die da etwa noch übrig blieben, konnte doch wohl nicht die subsidiarische Natur der actio doli berechnet sein.

4) Im Grunde fällt dies auch von selbst in die Hand, da nichts natürlicher ist, als unter einem unerlaubten Schaden, schlechthin gesagt, einen Schaden zu verstehen, der als Schaden unerlaubt ist, und man könnte es sich verdrießen lassen, dies so ausführlich erörtert zu haben, wenn nicht wirklich

L. 49. §. 1. D. ad Leg. Aquil. Ulpianus Lib. 9. Disputationum.

Quod dicitur, damnum iniuria datum Aquilia persequi, sic erit accipiendum, ut videatur damnum iniuria datum, *si cum damno iniuriam attulerit.* — —

Andere Belege werden im Folgenden vorkommen. Hier drängt sich gleich die Frage auf: welcher Schaden ist denn ein an sich widerrechtlicher, ein wahres damnum iniuria datum? Man würde sich, wie schon angedeutet worden, vergeblich im corpus iuris nach einem durchgreifenden Princip umsehen, welche Schäden und warum nur diese und keine andre an sich widerrechtliche Schäden sind. Es ist, soviel ich weiß, nirgends ausgedrückt 1), selbst nicht in den Titeln, die vom Aquilischen Gesetz handeln; wo es doch vorzüglich hingehört hätte, und schwerlich möchte es sich auch durch Betrachtung der einzelnen hierüber im Römischen Gesetz vorhandenen Fälle und Entscheidungen finden lassen. Ob sich philosophisch ein solches Princip aufstellen und begründen lasse, ist eine andere Frage,

---

dadurch Irrthum in die Welt gekommen wäre, daß man es verkannte, oder doch sich nicht zu rechter Zeit gegenwärtig erhielt.

1) Die L. 33. §. 1. ad L. Aquil. kann am wenigsten dazu dienen. Es heißt da: in damnis, quae Lege Aquilia non tenentur, in factum datur actio; dies sagt weiter nichts als: die Lex Aquilia wird durch die actio in factum ergänzt. Es kann natürlich von keinen andern damnis als iniuria datis die Rede sein. Anders verstanden, würde sie Unsinn enthalten: *(eben so gut könnte man aus L. 21. de praescript. verb. herleiten, daß aus einem pactum nudum eine actio utilis zustehe, denn ohne Zweifel dabei actio deficit). Heißt es nun in §. 16. I. eod. Sed si non corpore damnum fuerit datum, neque corpus laesum fuerit, sed alio modo alicui damnum contigerit — placuit eum, qui obnoxius fuerit, in factum actione teneri, so würde es abermals widersinnig sein, dies von mehreren als an sich widerrechtlichen Schäden zu verstehen. Einen solchen schließt auch das dort folgende Beispiel in sich. Auch vom 3ten Capitel heißt es in §. 13. I. eod. Capito tertio de *omni caetero* damno cavetur.

und wiederum eine andere, ob es rathsam wäre, das so gefundene in eine positive Gesetzgebung zu verpflanzen; doch diese Untersuchungen würden uns zu weit vom geraden Wege abführen. Wir müssen uns begnügen, auf historische Weise, durch Abstraction und Combination auszumitteln, wie weit die Römer hier gingen. Dazu soll die folgende Erörterung dienen. Das Resultat wollen wir voranstellen.

§. 8.

IV. Nur eine solche positive Handlung, wodurch die Substanz eines Körpers verletzt wird, rechnet der Römer zur Aquilia und kann daher damnum iniuria datum sein. Wenige Fälle, wo zwar nicht eigentlich die Substanz angegriffen, wo es aber doch offenbar eben so gut war, als wäre es geschehen, indem unmittelbar durch auf die Sache gerichtete Handlung bewirkt wurde, daß diese verloren ging, und darin zunächst die Widerrechtlichkeit bestand, wurden hinzugefügt: dies war aber auch das Aeußerste, und wurde eigene Entwendung des Schuldigen dem nicht gleichgestellt.

Die Lex Aquilia, auch in ihrer jetzigen Ausdehnung hat lediglich mit Schäden an Sachen zu thun, kein Fall kommt vor, in dem nicht eine Sache das Medium ist, durch welches der Schade zugefügt und empfunden wird, den einzigen Fall der actio utilis, da der Leib eines Freien 1), also doch ein Körper, verletzt worden, ausgenommen. Diesen können wir aber gern hier bei Seite setzen. Hieraus kann man denn wohl mit Recht schließen, daß die Römer auf Sachen ihre Aquilia einschränkten. Dabei aber dünkt mich, muß es sehr einleuchtend sein, daß nicht jede Verschlechterung einer Sache, oder jede Herabsetzung ihres Werthes schon ein für die Aquilia geeigneter Fall, noch überall einmal eine Widerrechtlichkeit sein kann, wenn gleich hier immer ein Schaden durch die Handlung be-

1) L. 13. pr. D. ad L. Aquil.

wirkt wird. Ließe ſich das Gegentheil mit Recht behaupten, ſo dürfte ich niemals auf meinem Grund und Boden dem Hauſe eines Andern die Ausſicht benehmen, wenn der Preis deſſelben dadurch herabgeſetzt würde 1) und gewiß wäre das doch ein ſehr unphiloſophiſches Geſetz, welches eine ſolche Regel aufſtellte. Daß das Römiſche Geſetz davon nichts weiß, iſt bekannt.

---

1) Hierher gehört allerdings auch die Regel: qui suo iure utitur, nemini facit iniuriam, aber dieſe Regel, wenn man ſie auch von Ausübung genereller Rechte, z. B. des Eigenthums, verſteht, leidet doch wieder ſo viele Ausnahmen, daß ſie einem unter den Händen entſchwindet, wenn man ſie recht feſtzuhalten dachte. Selbſt, wenn man ſie ſo beſchränkt, wie ſie allerdings einen vernünftigen Sinn hat: wer auf ſeinem Grund und Boden (in suo) handelt, kann thun was er will, ſo ſieht man bald, daß ſie nicht unbedingt ſein kann, ſondern daß man doch immer darauf Rückſicht nehmen muß, daß in der Nähe auch Leute wohnen, denen man nicht ſchaden darf. Das ganze indicium aquae pluviae arc. beſtätigt übrigens dieſe Regel, macht ſie aber auch durch Ausnahmen ſchwierig. Wo iſt die Gränze, über die man, mit Rückſicht auf Nachtheile Anderer, nicht hinausgehen darf, indem man von ſeinen Rechten an ſich und ohne dieſe Rückſicht erlaubten Gebrauch macht? Die Römer halfen ſich hier, wie ich glaube, mit wahren Spitzfindigkeiten, und ihre Unterſcheidung zwiſchen alium lucro, quo hic utebatur, prohibere und alteri damnum facere, zwiſchen nocere und non prodesse iſt mir immer etwas ſeicht vorgekommen; ſolche Antitheſen glänzen mehr als ſie nützen, wenn man die Gründe bis zur letzten Spitze verfolgen will. Doch kann es ſein, daß ich mich täuſche. Eine vollſtändige Erörterung würde hier am unrechten Ort ſtehen, wer ſich derſelben unterziehen will, vergleiche unter einander L. 27. §. 9. 10. L. 30. §. 3. L. 31. D. ad L. Aquil. L. 24. §. ult. L. 26. D. de damn. inf. L. 15. pr. d. servitutt. L. 1. §. 13. D. ne quid in loco publ. L. 10. C. de servitutib. et aqua. L. 1. §. 11. 12. 21. L. 2. §. 5. 9. L. 3. §. 2. L. 21. D. de aqua et aq. pluv. L. 9. D. de servitut. praed. urb. L. 8. §. 5. 6. si servitus vindicetur L. 2. §. 27. 28. D. ne quid in loco publico. §. 29. ibid. L. ult. D. finium reg. u. ſ. w. — Gebrach es aber auch den Römern hier an philoſophiſcher Gründlichkeit, ſo machten ſie es doch im Einzelnen recht, und thaten, was ſich thun läßt für ein poſitives Recht; mancher neuere Verſuch erſcheint dagegen in einer recht kläglichen Geſtalt.

Wo fängt denn aber hier das Gebiet der an sich widerrechtlichen Beschädigungen an, und wo schließt es sich? Die Römer verfuhren hier ganz auf praktischem Wege, und irre ich nicht, so kamen sie zum Ziele. Da die Lex Aquilia, wie schon oft erwähnt worden, alle Gesetze aufhob, welche ihren Gegenstand berührten, so mußte es gleich im Anfange Absicht sein, diesen ganz zu erschöpfen, dennoch wurden damals die Worte zu eng gefaßt, obgleich sie schon das meiste umschlossen: Tödtung, Verwundung, Zerstörung, Verderbung, ganz oder zum Theil, enthielten fast alles, was man wollte, aber man deutete die Ausdrücke hier so, daß sie auf ein unmittelbares Einwirken (corpore corpori) gingen: der Beschädigende mußte den Gegenstand selbst getroffen haben 1). Hieran glaubte man sich nun natürlich nicht gebunden 2), allein es gab auch noch einige

---

1) L. 1. §. 7. D. si quadrupes. L. 51. pr. D. ad Leg. Aquil. Interessant wäre an seinem Ort die Untersuchung, weshalb die römischen Juristen nach L. 51. hier gegen den gewöhnlichen Sprachgebrauch etymologisirten, wenn sie nicht gerade auch durch dieses Mittel den alterthümlichen Sprachgebrauch des Gesetzes zu finden glaubten.

2) Bei diesen Ausdehnungen ist die Unterscheidung zwischen causam damni praestare, wie es in L. 7. §. 6. L. 11. §. 1. L. 49. pr. D. ad L. Aquil. heißt, und occasionem damni praestare, wie in L. 30. §. 3. eod. geschrieben steht, merkwürdig. Das letztere geht auf den Fall, da noch ein äußerlich hinzutretender Umstand den Schaden vermittelte. *(Vgl. dagegen H. L. Z. a. a. O. S. 716.) Wie wenig hier die Römer über Grundsätze einverstanden waren, und sie zu handhaben wußten, sieht man, dünkt mich, aus dem Widerspruch des letzten Fragments mit L. 57. D. locati: ich sage mit Fleiß: es dünkt mich, denn was neulich hierüber geschrieben worden, ist mir so gut wie Andern bekannt. Schömann's Einwurf gegen Löhr's Behauptung, daß nur die actio directa in L. 57. ausgeschlossen sei: es hätte dann nicht „ex locato tantummodo actionem esse“ heißen können, scheint mir erheblich, wenn man ihm gleich dadurch ausbeugen konnte, daß man sagte: die quaestio, (es ist im Gesetz nur das factum und die Entscheidung aufgestellt) sei nur auf die damni iniuriae actio (directa Legis Aquiliae) gerichtet gewesen, aber freilich nur kümmerlich. Ueberdies ist es gar nicht erweislich zu machen,

Fälle, in denen nicht von verderben (corrumpere) die Rede sein konnte, z. B. es verzehrte jemand fremden Wein, oder fremdes Getreide 1), bei denen aber doch in der Sache gar kein Unterschied zu sehen war: diese wurden dann auch noch hinzugefügt. Ueberhaupt ging man hier behutsam, (es könnte auch in der That für eine Gesetzgebung nicht leicht etwas Verkehrteres gedacht werden, als wenn man die an sich widerrechtlichen Schadenszufügungen gar zu sehr ins Weite ziehen wollte,) und mehr nach einem richtigen praktischen Gefühl, als nach gedachten Principien zu Werke: das offenbar im Wesentlichen Gleiche ward mit herübergezogen 2). So wie augenscheinliche Billigkeit

---

daß in dieser Verbindung der Ausdruck d. i. a. auf die directa ausschließlich gehe, vielmehr das Gegentheil wahrscheinlich. S. oben S. 23. Not. 1. Dagegen kommt es mir aber auch so vor, als wenn die von Schömann in den Fragmenten beliebten Unterscheidungen fast zu fein sind: sollten nicht in dem einen Fall Luft und Wind in eben dem Sinn die Vermittler sein, wie in dem andern das Wasser? Soll ich meine bescheidne Meinung sagen, so halte ich dafür, daß hier wirklich ein Widerspruch ist, daß aber die L. 30. für das Justinianeische Gesetzbuch vorgezogen werden muß, nicht weil, wie ich übrigens glaube, Labeo und mit ihm Javolenus geistloser interpretirt haben, als Ulpianus, auch nicht allein, weil letzterer der jüngere Jurist war, denn es kommt nicht darauf an, welche Meinung später herrschend geworden, sondern welche Justinian gebilligt, obgleich freilich diese Billigung, zumal hier, schon dadurch einige Wahrscheinlichkeit erhält, sondern vorzüglich darum, weil in L. 30. ad L. Aquil. der Fall recht eigentlich für die Lex Aquilia, und ihre Klage abgehandelt wird, da hingegen in L. 57. locat. es vor allen Dingen darauf ankam, ob die actio locati Statt finde. Ist ein Widerspruch vorhanden, so muß einmal ein Versehen begangen worden sein, indem man, ohne es gewahr zu werden, einen den anderen Bestimmungen widersprechenden Satz aufnahm: dies kann aber nur in L. 57. geschehen sein, mithin war der Ausspruch der L. 30. Absicht, der L. 57. unabsichtlich. — In den theses zu meiner Inauguraldisputation hatte ich die umgekehrte Meinung, um zu meiner Belehrung Gelegenheit zu geben, aufgestellt.

1) L. 30. §. 2. D. ad Leg. Aquil.

2) Man hat wohl einmal gefragt, wie ein correctorisches Gesetz, wie die Lex Aquilia, nach der ratio ausgedehnt werden könnte? Die Antwort ist

bei den die Person des Klägers betreffenden Erweiterungen leitete 1), so auch bei denen, welche den Klaggrund selbst angingen. Vorzüglich merkwürdig ist hier das Verhältniß der Aquilia zur actio furti, und dient zur Bestärkung des oben über die nöthige Einschränkung des Begriffs von damnum iniuria datum Gesagten. Davon ein wenig ausführlicher.

§. 9.

Es ist bekannt, daß die Aquilia mit jeder nicht subsidiarischen Klage concurrirt, sobald die Thatsache, welche schon an sich ein damnum iniuria datum ist, noch außerdem so qualificirt ist, daß auch die besondern Erfordernisse der andern Klage eintreten, und zwar gilt dies von der Aquilischen Klage in ihrer ganzen Ausdehnung 2). Wenn daher ein damnum iniuria datum zugleich eine obligatio verletzt, so finden die Contractsklage und die Aquilia neben einander Statt. Mit andern Klagen verhält es sich eben so, z. B. mit dem Interdictum quod

---

nicht schwer. Die Regel, daß correctorische Gesetze so nicht ausgelegt werden dürfen, hat nur den Grund, weil das bestehende Recht nur so weit durch neueres aufgehoben wird, als wirklich die Absicht war, es aufzuheben. Durch die L. Aq. wurde ja aber das ganze alte Recht über damna s. str. aufgehoben, es war also Absicht, daß diese ganze Lücke ausgefüllt werden sollte. Es bestand ja gar kein Recht mehr, in welches die Erweiterungen hätten eingreifen können.

1) S. unten §. 69. i. d. Note.

2) Es haben nur wenige Rechtsgelehrte den Irrthum gehegt, daß die actio in factum Legis Aquiliae nur Statt finde, wenn keine andere Klage aushelfe. Es gibt allerdings actiones in factum, die auf diese Weise bloß ergänzend sind, z. B. die actio in factum post annum elapsum, von der in L. 5. in f. D. de calumniatoribus dies gesagt wird. Aber das ist keineswegs Regel und am wenigsten trifft es bei der Aquilischen actio in f. zu, welche zwar auch ergänzt, aber das ganze Gebiet des damni iniuria dati, nicht bloß den numerus actionum. Beweisend sind L. 27. §. 9. 11. 14. 21. 35. D. ad L. Aquil. L. 13. pr. D. locati.

vi aut clam 1); und so gibt es Klagen, die immer mit der Aquilia concurriren, weil sie allemal einen Klaggrund voraussetzen, der ein damnum iniuria datum in sich schließt, obgleich mit einem Zusatz, den die Aquilia nicht erfordert. Dahin gehört z. B. das iudicium Legis Corneliae de sicariis, da es eine, aber dolo malo geschehene Tödtung voraussetzt, die Lex Aquilia aber die Tödtung überhaupt und ohne Rücksicht auf besondere Zurechnung, also auch die occidendi animo geschehene trifft 2); es gehört aber auch, bis auf unbedeutende Ausnahmen, dahin die, nach dem, was oben S. 17. gesagt ist, von Glück in dieser Hinsicht verkannte actio arborum furtim caesarum ex Lege XII Tabularum 3). Glück hätte eben so gut schließen können, daß das Interdictum quod vi aut clam aus den zwölf Tafeln herstamme, denn auch dies concurrirt immer mit der actio arb. furt. caes., eben sowohl wie die Aquilia 4). Der Grund war, weil die Thatsache, welche die Klage der XII fundirte, auch zu den übrigen Klagen hinreichte, z. B. zur Lex Aquilia, da ein Baum durch Hauen zerstört oder verdorben worden 5). Dagegen würde man sich sehr irren, wenn man annehmen wollte, daß umgekehrt die actio a. f. c. immer Statt finde, wenn wegen Beschädigung eines Baumes die Aquilia zuzulassen, also etwa ein einfaches damnum iniuria datum sie begründe. Daß dem nicht so sei, kann man schon erwarten, wenn man bedenkt, daß jene auf das duplum 6) geht, diese

1) L. 27. §. 14. D. ad L. Aquil.

2) L. 23. §. 9. D. ad L. Aquil. §. 11. I. eod. vergl. L. 1. §. 3. D. de Lege Corn. de sicar. — Hier sogar cumulativ.

3) L. 1. D. arbor furt. caes.

4) L. 11. D. eod. Auch mit der actio furti concurrirte die actio a. f. c. unter Umständen und mit der condictio furtiva und actio ad exhibendum L. 8. §. 2. eod. ja sogar mit einer Contractsklage, der Aquil. Klage und dem Interd. qu. vi a. clam zugleich. L. 25. §. 5. D. locati.

5) So ist L. 5. §. 1. D. eod. Eius actionis eadem causa est, quae est Legis Aquiliae zu verstehen.

6) L. 7. §. ult. D. eod.

auf das simplum, wenn nur nicht geläugnet worden. Die Klage der XII setzt nämlich voraus, daß die Beschädigung durch Hauen und heimlich geschehen; zur Lex Aquilia ist jede Beschädigung, sie mag nun durch Abhauen oder Entwurzeln oder Abrinden, oder auf was Art sonst geschehen sein, hinreichend, es ist auch einerlei, ob heimlich oder gewaltthätig gehandelt worden, ja eine jegliche Zurechnung, auch die geringste imputable Nachlässigkeit ist zureichend 1). Zu den erwähnten Ausnahmen aber, da der Klaggrund der actio a. f. c. nicht zugleich Klaggrund der Lex Aquilia ist, gehört der letzte Fall in

L. 27. §. 26. L. ad L. Aquil. Ulpianus lib. 18. ad Edictum.

Idem et in silva caedua, scribit, ut, si immatura, Aquilia teneatur, quod si maturam interceperit, furti teneri eum, et arborum furtim caesarum.

War die Holzung zum Fällen noch nicht reif, so konnte auch die Aquilia, war sie reif und das Holz war zugleich heimlich entwandt, so konnten nur die actio a. f. c. und die actio furti angestellt werden, nicht die Aquilia. Was ist der Grund dieser Verschiedenheit? nichts andres, als daß die actio a. f. c. nicht nothwendig eine Beschädigung der Sache erfordert, obgleich das bei ihr vorausgesetzte caedere durchgängig eine Verletzung der Substanz in sich schließt, wohl aber die Aquilia. In dem vorliegenden Fall ist das Abhauen des doch dazu bestimmten Holzes, wenn es zeitig ist, keine Beschädigung an sich, vielmehr wurde es gerade so behandelt, wie es ohnehin behandelt werden sollte; erst die Verheimlichung und Entwendung bringt Verlust und Strafbarkeit hervor. Hier ist denn auch schon von der actio furti die Rede. Da das furtum Verlust der Sache, oft vom Diebe, wenn er entdeckt wird, nicht einmal mehr ersetzbaren Verlust hervorbringt, so würde sicher, wenn nicht Verletzung der Substanz selbst zu einer an sich widerrechtlichen Verminderung des Vermögens erfordert wäre, Concurrenz

1) S. nur L. 7. §. 2. L. 8. §. 3. D. eod.

derſelben mit actio Legis Aquiliae immer zugelaſſen worden ſein. Vielmehr aber iſt das Gegentheil Regel, wie man leicht ſieht, deswegen, weil nicht das damnum, ſondern die Entwendung zunächſt die Widerrechtlichkeit hervorbringt. Außer der angeführten L. 27. §. 26. ad Leg. Aquil. beweiſen das:

§. 25. eod. Si olivam immaturam decerpserit vel segetem desecuerit immaturam, vel vineas crudas, Aquilia tenebitur, quod si iam maturas, cessat Aquilia; nulla enim iniuria est, cum tibi etiam impensas donaverit, quae in collectionem huiusmodi fructuum impenduntur. Sed si collecta haec interceperit, furti tenetur. Octavenus in uvis adiecit: nisi (inquit) in terram uvas proiecit, ut effunderentur.

§. 27. eod. Si salictum maturum ita, ne stirpes laederes, tuleris, cessare legem Aquiliam.

Nur wenn dieſelbe Thatſache, welche als furtum wegen des hinzugekommenen animus lucri faciendi angeſehen war, auch eine Zerſtörung oder Beſchädigung der Sache mit ſich führte, trat Concurrenz ein, und bei der Aquilia war es der an ſich widerrechtliche Schaden, bei der actio furti die in ſolcher Abſicht geſchehene Entwendung, was den Klaggrund hergab.

L. 27. §. 3. D. de furtis Ulpianus lib. 41. ad Sabinum. Sed si quis non amovit huiusmodi instrumenta, sed interlevit, non tantum furti actio locum habet, verum etiam Legis Aquiliae.

L. 41. §. 1. D. ad Leg. Aquil. Ulpianus lib. 41. ad Sabinum. Interdum evenire Pomponius eleganter ait, ut quis tabulas delendo, furti non teneatur, sed tantum damni iniuriae, utputa si non animo furti faciendi, sed tantum damni dandi delevit, nam furti non tenebitur, cum facto enim etiam animum furis furtum exigit.

L. 42. D. eod. Iulianus lib. 48. digestorum.

Qui tabulas testamenti depositas, aut alicuius rei instrumentum ita delevit, ut legi non possit, depositi actione

et ad exhibendum tenetur, quia corruptam rem restituerit aut exhibuerit. Legis quoque Aquiliae actio ex eadem causa competit. Corrupisse enim tabulas recte dicitur et qui eas interleverit.

L. 2. §. 1. D. de privatis delictis. Ulpianus lib. 43. ad Sabinum.

Qui igitur hominem subripuit et occidit: quia subripuit, furti, quia occidit Aquilia tenetur: neque altera harum actionum alteram consumit 1).

Hierbei kommt nun noch ein intereſſanter Fall vor, welcher gleich mit ein paar andern zuſammen zu ſtellen iſt:

L. 27. §. 21. D. ad L. Aquil. Ulpianus lib. 18. ad Edictum: Si quis de manu mihi nummos excusserit, Sabinus existimat, damni iniuriae esse actionem, si ita perierint, ne ad aliquem pervenirent, puta si in flumen, vel in mare, vel in cloacam ceciderunt. Quod si ad aliquem pervenerunt, ope consilio furtum factum agendum, quod et antiquis placuit. Idem, etiam in factum dari posse actionem, ait.

§. 11. I. de obligat. quae ex delict. Interdum quoque furti tenetur qui ipse furtum non fecit, qualis est is, cuius ope et consilio furtum factum est. In quo numero est, qui tibi nummos excussit, ut alius eos raperet, aut tibi obstiterit, ut alius rem tuam exciperet, aut oves tuas, vel boves fugaverit, ut alius eos acciperet, et hoc veteres scripserunt de eo, qui panno rubro fugavit armentum. Sed si quid eorum per lasciviam, et non data opera, ut furtum admitteretur, factum est, in factum actio dari debet.

In allen dieſen Fällen iſt die Subſtanz der Sache eigentlich gar nicht verletzt 2), allein es war doch gar zu augen-

1) Vergl. L. 10. in f. D. de edendo.

2) L. 14. §. 2. D. de praescript. verb. Ulpian. lib. 41. ad Sabin.

scheinlich, daß es einer Zerstörung gleich stehen müsse, wenn man eine Sache in einen Abgrund oder ins Meer wirft, und wiederum gar zu einleuchtend, daß es solchem Wegwerfen gleich stehen müsse, wenn einer dem andern Geld aus der Hand schlägt, damit ein Dieb es davon trage u. s. w., oder dieses aus Muthwillen thut, indem es aber dieselbe Folge hat. Immer macht hier das bewirkte Verlorengehen, also der Schade selbst zunächst die Widerrechtlichkeit aus, da hingegen bei einem eigentlichen Diebstahl meistens zunächst die heimliche Entwendung in arger Absicht das Widerrechtliche ist. Völlig gleich steht diesem der Fall in §. ult. in f. l. de Lege Aquilia: si quis misericordia ductus alienum servum compeditum solverit, ut fugeret 1). Die Meinung war hier gut, aber der schädliche

---

Sed et si calicem argenteum quis alienum in profundum abiecerit, damni dandi causa non lucri faciendi, Pomponius lib. 17. ad Sabinum scripsit, neque furti, neque damni iniuriae actionem esse: in factum tamen agendum. *(Vergl. pr. §. 1. 3. ibid. L. 23. eod. L. 55. D. de acq. rer. dom.). Auffallend ist es, daß derselbe Ulpianus, der beim Hinabwerfen des Kelchs in die Tiefe die actio utilis für nöthig hält, beim Gelde die damni iniuriae actio zuzulassen scheint, da doch dies eben so gut seiner Substanz nach erhalten wurde; es zeigt dies aber schon, daß man diesen Ausdruck nicht immer auf die directa beschränkte. Ich bemerke nur beiläufig, daß ich ungeachtet der neuerfundenen Unterscheidung in den Institutionen die actio L. Aq. utilis und in factum für durchaus einerlei halte: es ist dies so augenscheinlich, daß man es nicht beweisen muß.

1) Zu vergleichen ist L. 7. §. 7. D. de dolo malo. Ulpianus lib. 11. ad Edict. Idem Labeo quaerit, si compeditum servum meum, ut fugeret, solveris, an de dolo actio danda sit. Et ait Quintus apud eum notans, si non misericordia ductus fecisti, furti teneris, si misericordia, in factum actionem dari debere. Der Sinn ist: die actio doli kann hier nie Statt finden, denn entweder war der Lösende bestochen, so ist es Diebstahl, oder er that es nur aus Mitleid, so findet die actio utilis Legis Aquiliae Statt. Diese wird hier eben so schlechthin actio in factum genannt, wie in den kurz vorher angeführten drei Gesetzstellen. Die Imputation war hier culpa lata An den zur Ehre der Menschen seltneren Fall, da einer

Erfolg widerrechtlich und unerlaubt. Dies ist denn aber auch die Gränze, über welche hinaus es kein damnum iniuria datum gibt, und ist es nicht deutlich erkennbar, daß ein Fall im Wesentlichen eben so geartet ist, so darf diese Erweiterung des Aquilischen Gesetzes nicht noch mehr erweitert werden. Ob aber ein solcher Fall vorhanden ist, das muß nach Umständen beurtheilt werden: eine theoretisch vollkommen bestimmte Abscheidung ist uns nicht gegeben 1).

§. 10.

Bisher ist davon die Rede gewesen, wie die Fälle äußerlich beschaffen sein müssen, damit von einer Aquilischen Klage und einer an sich widerrechtlichen Schadenszufügung die Rede sein könne; allein der Ausdruck damnum iniuria oder culpa datum, oder verkürzt: damnum iniuriae enthält noch ein Requisit mehr. Worin dieses im Allgemeinen bestehe und wie sich die Terminologie hier verhalte, davon soll die folgende Nummer Rechenschaft geben.

V. Der Ausdruck damnum iniuria oder culpa datum hat

---

es aus Lust an Unlust gethan, ist hier nicht gedacht worden; es versteht sich aber von selbst, daß auch diesen wahren dolus hier die Aquilische Klage umfaßt. — Daß auch außer dem tit. de Lege Aquilia der Ausdruck actio in factum schlechthin gebraucht, auf die actio utilis Aquiliae gehen könne, ist aus L. 18. D. de S. P. U. zu ersehen.

1) Die Meinung des Mendoza, dessen reichhaltigen Commentar über die L. Aquil. ich erst lange nach dieser Arbeit zu Gesicht bekam, daß hier alles darauf ankomme, ob eine andere Klage wegen der Beschädigung gegeben worden, oder nicht (Lib. 3. cap. 8.), verrückt den Gesichtspunkt und ist im Princip falsch. Er unterscheidet nämlich, wie die Institutionen, zwischen actio utilis und in factum, was gewiß eine leere Subtilität ist, von der die Pandectisten noch keine Ahndung hatten; für die utilis aber hat er den richtigen Grundsatz: re integra s. salva non competit Legis Aquiliae actio. Aber so wenig als diese war die actio in factum subsidiaria, wie oben gezeigt worden.

zwei Bestandtheile, 1) muß die Handlung als Object, so wie im vorigen gezeigt worden, eine an sich widerrechtliche Schadenszufügung sein können, 2) muß, damit sie es auch wirklich sei, Zurechnung hinzukommen. Insofern beide Worte, culpa und iniuria, auf diese vollständige Widerrechtlichkeit gehen, sind sie hier im Wesentlichen als völlig gleichbedeutend zu betrachten; sie scheiden sich, indem das Wort culpa in einer engeren Bedeutung bloß den letzten Bestandtheil der Widerrechtlichkeit überhaupt bezeichnet. In diesem Sinne schließt aber auch das Wort culpa immer noch den dolus in sich und ist dies gerade die rechte Bedeutung des Worts, wenn man in der Rechtswissenschaft von einer besondern Lehre von der culpa, oder Theorie der culpa spricht.

In dem oft vorgekommenen Ausdruck: damnum iniuria datum, begreift das Wort iniuria eigentlich ein Doppeltes: 1) die objective und 2) die subjective Widerrechtlichkeit. Beides darf nicht fehlen, damit die Widerrechtlichkeit, die iniuria, vollständig sei. Da, wie wir im Anfange gesehen haben, culpa im weitesten Sinn die Widerrechtlichkeit einer Handlung andeutet, so darf es niemanden wundern, daß in der Lehre von widerrechtlichen Schadenszufügungen im Römischen Recht beide Worte oft als gleichbedeutend genommen werden, und daß damnum culpa datum gerade dasselbe sagt, was damnum iniuria datum, und daß sie daher auch beide die objective und subjective Gesetzwidrigkeit umfassen: der Schaden muß der Natur der Handlung nach an sich widerrechtlich sein, wenn er nur überhaupt zuzurechnen ist. Dies ist denn nichts weiter, als die besondere Anwendung einer allgemeinen Bedeutung auf Schadenszufügungen. Geschrieben steht es in

L. 5. §. 1. D. ad Leg. Aquil. Ulpianus lib. 18. ad Edictum.

Iniuriam autem hic accipere nos oportet, non quemadmodum circa iniuriarum

Iniuria heißt hier nicht, wie bei der actio iniuriarum so viel als contumelia, sondern

actionem, contumeliam quandam; sed quod non iure factum est, hoc est, contra ius, id est, si culpa 1) quis occiderit; et ideo interdum utraque actio concurrit, et legis Aquiliae et iniuriarum, sed duae erunt aestimationes, alia damni, alia contumeliae. Igitur iniuriam hic damnum accipiemus culpa datum, etiam ab eo, qui nocere noluit.

es bedeutet, daß nicht mit Recht, also hier gegen das Recht gehandelt worden, mithin, daß culpa getödtet worden; daher concurriren zwar zuweilen beide Klagen, die Injurien-Klage und die Aquilische, aber jede hat ihre verschiedene Schätzung: bei der einen wird die Beschimpfung, bei der andern der Schaden erwogen. Also iniuria ist hier dahin auszulegen, daß ein damnum culpa datum begangen sein müsse, gleichviel jedoch ob mit oder ohne Absicht zu schaden.

Die Stelle bezieht sich zunächst auf den in princ. vorhergehenden Fall der Nothwehr, wovon es hieß, wer aus Nothwehr tödte, begehe keine iniuria, und könne daher mit der Aquilia nicht belangt werden. Durch Tödtung eines fremden Sklaven oder Thiers entsteht offenbar in der Regel ein an sich widerrechtlicher Schaden, doch ist die Nothwehr ausgenommen. Diese Ausnahme kann nicht zunächst in fehlender Zurechnung, diese für sich betrachtet, bestehen. Die Zurechnung hat mit dem Innern dessen zu schaffen, der eine That begeht; in unserm Fall kommt es aber gerade auf das Aeußere der Handlung an, ob die Umstände so beschaffen waren, daß der Angegriffene sich nicht helfen konnte, ohne den Gegner zu erlegen: was dabei im Innern vorgegangen, ist gleichgültig; ob er die Absicht hatte, zu tödten, ob er nur zufällig tödtete, ob er diesen Erfolg vorhersehen konnte oder wirklich vorhersah, ob er vielleicht nur

1) Der Haloandrischen Lesart: hoc est, si contra ius et culpa sieht man die vermeinte Verbesserung leicht an.

aus Instinkt handelte; alle diese Fragen, welche bekanntlich die Imputation ausmachen, kommen hier nicht in Betracht 1). Sein Leben zu vertheidigen selbst durch Entleibung des Angreifers, wenn es Noth thut 2), ist erlaubt, kann also kein damnum iniuria, oder, was dasselbe sagt, culpa datum sein. So wie im Anfange sich die Erklärung von iniuria an einen Fall anschließt, dem es an objectiver Widerrechtlichkeit fehlt; so schließt sich am Ende die Erklärung von damnum culpa datum an einen Fall an, da es an aller Zurechnung gebrach, nämlich da ein furiosus den Schaden gestiftet hatte, in der Mitte aber werden beide gleich gestellt; mithin gehen beide auf beides, auf objective und subjective Widerrechtlichkeit, und in Hinsicht der letztern wird am Schlusse mit den Worten: etiam ab eo, qui nocere noluit, nur noch bemerklich gemacht, daß, da nur culpa, Widerrechtlichkeit überhaupt erforderlich sei, auf den animus nocendi nichts ankomme. Daß diese Auslegung richtig sei, bestätigt Theophilus zu der correspondirenden Stelle:

§. 2. I. eod.	Paraphrase.
Iniuria autem occidere intelligitur, qui *nullo iure* occidit. Itaque latronem qui occiderit, non tenetur, utique si	Quod autem in Lege dicitur: *iniuria* occiderit, hoc intelligimus: *inlicite* (παρανόμως praeter Legem), id est, *sine*

1) In einem gewissen Sinn kann hier freilich auch von Zurechnung die Rede sein, in sofern man überhaupt sagen kann: ein ohne meine Schuld begangener Todtschlag kann mir nicht zugeschrieben werden, das heißt dann für diesen Fall nichts weiter, als: bei einer völlig erlaubten Handlung, wie die Nothwehr, kann weder von Schuld noch von Zurechnung die Frage sein.

2) Ueber die Schranken der Nothhülfe dachte man zu verschiedenen Zeiten verschieden: In L. 5. pr. beschränkt sie Ulpian so: sin autem, cum posset adprehendere, maluit occidere, magis est ut iniuria fecisse videatur, beim Theophilus heißt es: nam si, cum effugere possem, eum occidi, teneor Aquilia. Die Institutionen drückten sich noch unbestimmter aus: utique si aliter periculum effugere non potest.

aliter periculum effugere non potest.

iure. Igitur si non inlicita sit caedes, periculi expers erit qui occidit, et huic legi nequaquam locus est, veluti si servum tuum latronem occidero, Aquilia haud teneor, sed tunc, quando periculum ab eo mihi instans non aliter declinare potui, nisi per vulnus ipsi a me inflictum: nam si, cum effugere possem, eum occidi, teneor Aquilia.

§. 11.

Obgleich nun aber iniuria und culpa hier ein Gleiches ausdrücken, ſo ſcheint doch die Bedeutung beider, wenn ich mich ſo ausdrücken darf, verſchieden nüancirt zu ſein, worauf freilich in dieſem Zuſammenhang gerade wenig ankommt 1). Man darf nur ſein Gefühl fragen, ſo wird man bald herausfinden, daß, wenn gleich beide die gänzliche Widerrechtlichkeit der Handlung umfaſſen, dennoch in culpa (Schuld) das Subjective, in iniuria (Unrecht) das Objective vorherrſcht. Man kann ſagen: culpa iſt Widerrechtlichkeit überhaupt, weil im Jus ohne Unrecht

1) Daß man im Allgemeinen die iniuria verwarf, wo es auch nur an Zurechnung fehlte, ſieht man noch beſonders aus L. 7. §. 3. D. ad L. Aquil. Proinde, si quis alterius impulsu damnum dederit, Proculus scribit, neque eum, qui impulit, teneri, quia non occidit, neque eum, qui impulsus est, quia damnum *iniuria* non dedit: secundum quod in factum actio erit danda in eum, qui impulit. Dagegen geht gleich darauf iniuria wiederum auf die äußere Widerrechtlichkeit der Beſchädigung §. 4. eiusd. Leg. Si in colluctatione, vel in pancratio, vel pugiles dum inter se exercentur, alius alium occiderit, si quidem in publico certamine, cessat Aquilia, quia gloriae causa et virtutis, non iniuriae gratia (nicht um widerrechtlich zu beſchädigen) videtur damnum datum.

keine Zurechnung in Betracht kommt, iniuria daſſelbe, weil Unrecht ohne Zurechnung nicht mehr Unrecht iſt. Hier möchte nun der Ort ſein, folgende Texte näher zu beleuchten.

L. 1. pr. D. de iniuriis. Ulpianus lib. 56. ad Edictum.

Iniuria ex eo dicta est, quod non iure fiat, omne enim quod non iure fit, iniuria fieri dicitur. Hoc generaliter. Specialiter autem iniuria dicitur contumelia. Interdum iniuriae appellatione damnum culpa datum significatur, ut in Lege Aquilia dicere solemus. Interdum iniquitatem iniuriam dicemus; nam cum quis inique vel iniuste sententiam dixit, iniuriam ex eo dictam, quod iure et iustitia caret, quasi non iuriam; contumeliam autem a contemnendo.

Iniuria hat den Namen von non iure fieri, denn von allem, was nicht mit Recht geſchieht, ſagt man, es geſchehe iniuria. In einem beſondern Sinn heißt aber iniuria ſo viel als contumelia. Mitunter bezeichnet iniuria das damnum culpa datum, ſo wie wir bei der Lex Aquilia zu reden pflegen. Mitunter bedeutet iniuria auch iniquitas, denn ſprach jemand ein unbilliges oder ungerechtes Urtheil, ſo nennt man dies deswegen iniuria, weil hier Mangel an ius und iustitia vorhanden iſt, ſo zu ſagen, eine non iniuria; contumelia übrigens kommt von contemnere.

pr. I. eod.

Generaliter iniuria dicitur omne quod non iure fit: specialiter, alias contumelia, quae a contemnendo dicta est, quam Graeci ὕβριν appellant; alias culpa, quam Graeci ἔγκλημα 1) dicunt, sicut in Lege Aquilia

Paraphrasis.

Generaliter γενικῶς) vero iniuria dicitur quidquid non iure fit (πᾶν ὃ μὴ κατὰ νόμον γίνεται): specialiter (ἰδικῶς) autem dicitur contumelia a contemnendo, quam Graeci ὕβριν vocant. Sed et

1) al. ἀοικημα al. ἁμαρτημα.

damnum iniuria datum accipitur; alias iniquitas et iniustitia, quam Graeci *ἀδικίαν* 1) vocant, cum enim Praetor vel iudex non iure contra quem pronunciat, iniuriam accepisse 2) dicitur 3).

culpa dicitur, quod Graeci *ἀδίκημα* appellant, ut in Lege Aquilia, namque dicimus damnum iniuria datum 4). Nonnunquam vero iniquitas et iniustitia dicitur, quam Graeci *ἀδικίαν* vocitant, quando enim Praetor aut iudex non iure adversus quem pronuntiat, dicimus laesum iniuriam accepisse.

Coll. Leg. Mosaic. tit. 2. §. 5. Paulus libro singulari et titulo de iniuriis.

Generaliter dicitur iniuria omne, quod non iure fit. Specialiter alia est contumelia, quam Graeci *ἀδικίαν* vocant: nam cum Praetor noster adversum nos pronunciaret, iniuriam nos accepisse dicimus 5). Unde apparet, non verum esse quod Labeo 6) putabat, apud Praetorem iniuriam *ὕβριν* duntaxat significare. Communem omnibus enim iuris est 7), quod semper adversus bonos mores fit, idque non fieri alicuius interest. Hoc edictum ad eam iniuriam pertinet, quae contumeliae causa fit.

Wir ſehen hier viermal eine Bedeutung von iniuria angegeben: 1) ſoll es heißen, quod non iure fit, 2) contumelia, 3) culpa, in der Redensart, damnum iniuria datum, 4) ini-

---

1) Hal. *ἀνομίαν καὶ ἀδικίαν.*

2) Hal. iniuria eum affecisse: iſt wahrſcheinlich eine Correctur.

3) *Vgl. L. 46. §. 4. in f. de procurat. L. 3. §. 1. D. de pignorib.

4) damnum iniuria datum, *τουτ' ἐστι ζημία ἡ ἀδικῶς γινομένη.*

5) Daß hier alles verdorben worden, iſt augenſcheinlich genug, aber die Conjecturen und Ergänzungen ſind zu unſicher.

6) L. 15. D. de iniuriis. Pith.

7) Die Conjectur des Pithöus: Commune enim omni ei nomen iniuriae, iſt wohl die beſte, und im Weſentlichen geben die übrigen auch denſelben Sinn.

quitas. Es fragt ſich, wie verhalten ſich dieſe zu einander? Nach dem Bisherigen muß die Antwort ſo lauten: die Bedeutung: quod non iure fit, iſt die Grundbedeutung; was ohne Unterſtützung des Rechts, alſo gegen das Recht geſchieht, gerade unſer Deutſches Unrecht. Wir ſagen auch: er that es mit Unrecht, das heißt: er that es nicht mit Recht, das heißt: er that es gegen das Recht. Alſo geht iniuria ſowohl als Unrecht in allgemeiner Bedeutung auf eine widerrechtliche Handlung. Von dieſer Grundbedeutung iſt die Bedeutung contumelia (Ehrenkränkung, Verachtung ausſprechende Behandlung) abgeleitet, aber eine engere des Worts iniuria: in der Lehre von der actio iniuriarum heißt iniuria nicht Widerrechtlichkeit überhaupt, ſondern diejenige Widerrechtlichkeit insbeſondere, welche in einer Ehrenkränkung beſteht: ſchon das Wort iniuria für ſich allein, es mag verbunden ſein, mit welchen Worten es will, hat hier einen anderen engeren Sinn, als jener allgemeine iſt. Dies iſt denn aber auch unter den angegebenen Bedeutungen die einzige beſondre; die zwei noch übrigen ſind nichts weiter als Anwendung der allgemeinen Grundbedeutung auf einen beſondern Zuſammenhang, ſie enthalten Beiſpiele derſelben. Aus L. 5. §. 1. D. ad L. Aquil. haben wir geſehen, daß damnum culpa datum nichts anderes heiße: als damnum iniuria datum, und dieſes wiederum nichts anderes, als, damnum quod non iure datum est, endlich dieſes wieder nichts weiter, als quod contra ius datum est, alſo deutſch: ein widerrechtlich zugefügter Schaden. Hier heißt alſo iniuria nichts anderes als Widerrechtlichkeit, was eben die allgemeine Bedeutung des Worts ausmacht. Daſſelbe gilt aber auch, wenn iniuria von einem ungerechten oder unbilligen Spruch eines Richters vorkommt, denn von dieſem wird nur in dem Sinne geſagt, er habe iniuria (mit Unrecht) geſprochen, oder der verletzten Partei eine iniuria (ein Unrecht) zugefügt, als ein ſolches Urtheil ohne Recht, d. h. nicht nach dem Recht, mithin gegen das Recht oder widerrechtlich gefällt worden.

Mit der L. 1. pr. d. iniur. stimmt diese Antwort auch vollkommen überein, denn die beiden interdum enthalten bloß hinzugefügte Bemerkungen, daß zuweilen iniuria mit culpa dasselbe sage, nämlich weil sie in der angeführten Phrase beide Widerrechtlichkeit heißen, zuweilen auf iniquitas deute, da auch diese wohl eine Rechtlosigkeit, ein Unrecht anzeige. Die Uebereinstimmung kann auch keinen Zweifel leiden, da nach L. 5. §. 1. cit. derselbe Ulpianus in demselben Werk, aus dem L. 1. entlehnt ist, eine gleiche Anwendung der allgemeinen Bedeutung gemacht hat. Auch die Paraphrase der J. steht nicht nothwendig damit in Widerspruch, allerdings aber der Institutionentext selbst. Hier werden durch die Wiederholung des alias offenbar auch die beiden letzten Bedeutungen, zusammt der Bedeutung: contumelia, als besondere engere Bedeutungen der im Anfange vorausgeschickten allgemeinen entgegengestellt, und doch ist augenfällig dieser Text aus jener Stelle des Ulpian, mit unbedeutenden Veränderungen, hergenommen. Hat man nun den wahren Sinn von iniuria in den angeführten Redensarten erst für sich festgestellt, so zeigt sich in den Institutionen ein logischer Fehler, der auch heut zu Tage nicht selten begangen wird, nämlich es ist die generelle Bedeutung eines Worts, welche in einem bestimmten Zusammenhang mit andern Worten zusammen einen besondern Sinn hervorbringen half, für eine specielle Bedeutung ausgegeben worden. Es kann Mehreres den Compilator hierzu verleitet haben. Zunächst war es wohl die Gleichstellung der iniuria mit culpa, welche verführte, da das letztere Wort meistens eine engere Bedeutung hat und nie mit jenem vollkommen synonym ist; aber das sind keine zwei Worte in derselben Sprache, und doch können sehr verschieden nüancirte Worte in einem gewissen Zusammenhang dasselbe ausdrücken; weil nämlich das, worin sie übereinstimmen, als hier wesentlich hinreicht: so auch haben iniuria und culpa beide die allgemeine Bedeutung von Widerrechtlichkeit überhaupt, wenn auch, wie gesagt, in diesem Wort die subjective Ursache des Unrechts

vorherrschen mag, in jenem das Objective, wodurch die Handlung widerrechtlich wird. Vielleicht dachte man sich die Sache so: iniuria erfordere in allgemeiner Bedeutung nichts weiter, als daß die Handlung in genere und an sich widerrechtlich sei, dieser Sinn umfasse also sowohl die widerrechtlichen Handlungen, welche in concreto mit einer Zurechnung verbunden wären, als diejenigen, welche es nicht wären, z. B. solche, die ein Kind begangen: dagegen, wo es mit culpa, auch in der allgemeinen Bedeutung des Worts, gleichsinnig ist, muß es vor allen Dingen auch die Zurechnung in specie befassen. Hiebei ist merkwürdig, daß in der Collatio LL. Mos. der Begriff von iniuria am Ende fast so allgemein gefaßt wird, daß es mit der im Anfange dieses Capitels angegebenen allgemeinsten Bedeutung im Wesentlichen beinahe zusammenfällt: quod contra bonos mores fit, also auch, was gegen eine sittliche Regel geschieht, so daß sich diese Vergleichung von culpa und iniuria durch alle Instanzen durchführen ließe. Sobald sich aber die Bedeutungen dieser Worte mehr verengen, so trennen sich auch die Worte selbst, und in dieser Spaltung zeigt sich erst die Verschiedenheit der Grundbedeutungen in Nebenbeziehungen, so wenig diese auch im Zusammenhang einen Unterschied macht und einer willkührlichen Verwechslung im Wege steht. Eine Ehrenkränkung, die eine besondre objectiv widerrechtliche Handlung ausmacht, könnte wohl in einem engern Sinn iniuria heißen, aber unmöglich, nach dem Geist der Sprache und der Grundbedeutung des Worts, culpa genannt werden. Es würde wunderlich klingen, zu sagen: culpam facere — pati für iniuriam facere — pati, eine Beschimpfung zufügen — erdulden. Dagegen könnte unmöglich iniuria die Zurechnung, als den abstrahirten subjectiven Theil der Widerrechtlichkeit bezeichnen: man würde es nicht billigen, wenn jemand die iniuria in dolus und iniuria im engern Sinn eintheilen wollte 1), wie man

1) Ein anderes wäre: iniuria, quae fit dolo — quae fit culpa.

culpa in dolus und culpa sens. str. eintheilt. Man sagte wohl für damnum iniuria dare mit einem abgekürzten Wort iniuriam dare 1); dafür hätte man auch wohl sagen können: culpam dare oder damni culpam dare; der letztere Ausdruck ist um so merkwürdiger, da er einmal in einer auffallenden Bedeutung vorkommt. Wollte man die objective Widerrechtlichkeit als Abstractum und in genere benennen, so hätte man sich, sollte man denken, nur des Ausdrucks iniuria bedienen können, aber auch hier kommt culpa vor:

L. 45. §. 4. D. ad Legem Aquil. Paulus lib. 10. ad Sabinum.

Qui, cum aliter tueri se non possent 2), *damni culpam dederint* 3), innoxii sunt. Vim enim vi defendere omnes leges omniaque iura permittunt.

Hier ist gerade eine Handlung beurtheilt, die in genere widerrechtlich ist: Tödtung oder Verwundung eines fremden Sklaven; sie ist aber von Umständen begleitet, die sie in specie zu einer rechtmäßigen machen. Aber man hatte sich schon gewöhnt, in dieser Phrase die beiden Worte willkührlich umzutauschen, dies war stehende Form. Vielleicht zog man hier auch gerade deswegen das Wort culpa vor, weil es an der vollen objectiven Widerrechtlichkeit fehlte: vim vi defendere, omnia iura permittunt, kann also am wenigsten iniuria sein.

---

1) L. 37. pr. D. ad L. Aquil. — manu iniuriam dedit. — In derselben Bedeutung kommt auch iniuriam facere vor, z. B. L. 54. in f. D. ad L. Aquil.

2) Die Flor. liest ursprünglich possunt.

3) Die Lesart: damnum culpa dederint oder dederunt, so häufig sie sich auch in den editionibus vulgatis findet, z. B. Nor. 1482. Ven. 1484. Venet. 1501. Par. 1528. de Tortis 1494. 1498., entstand zuverlässig daher, weil man sich in die etwas ungewöhnliche Redensart nicht finden konnte. Die für diese Schrift verglichenen Manuscripte haben sämmtlich damni culpam dederint, auch das hiesige.

Verläßt man nun aber dieſe Formel 1), und zieht aus dem Geſammtbegriff der Widerrechtlichkeit das Abſtractum Zurechnung heraus: ſo kann an Vertauſchung dieſer Worte nicht mehr gedacht werden. Wir haben alſo nun

die zweite juriſtiſche Bedeutung von culpa, welche noch immer den dolus in ſich faßt. Culpa heißt darnach Zurechnung, oder vielmehr der Zuſtand, das Verhältniß des Handelnden zur Handlung, in welchem Zurechnung eintritt.

Daß dieſelbe aber, ſo wie ſie natürlich iſt 2), auch im Sprachgebrauch der Römiſchen Juriſten wirklich gegründet ſei, dazu fehlt es nicht an Belegen. Wir wollen nur folgende hier anführen:

L. 5. §. 2. D. ad L. Aquil. Ulpianus lib. 18. ad Edictum. Et ideo quaerimus, si furiosus damnum dederit, an Legis Aquiliae actio sit? Et Pegasus negavit: *quae enim in eo culpa sit, cum suae mentis non sit?* Et hoc verissimum; cessabit igitur Aquiliae actio: quemadmodum, si quadrupes damnum dederit — — — Sed et si infans damnum dederit, idem erit dicendum. Quodsi impubes id fecerit, Labeo ait, quia furti teneatur, teneri et

1) Vgl. noch darüber L. 15. §. 46. D. de iniuriis. Ulpianus lib. 77. ad Edictum: Si quis servo verberato iniuriarum egerit, deinde postea damni iniuriae agat, Labeo scribit, eandem rem non esse, quia altera actio ad damnum pertineret culpa datum, altera ad contumeliam.

2) Im Gesnerſchen thesaurus heißt es: (culpa) significat, si fas sit ita loqui, imputabilitatem facti alicuius in partem sequiorem — vorher wird aber ſchon zwiſchen dolus und culpa unterſchieden, da doch ſchon die allgemeinere, den dolus umfaſſende Bedeutung hierher gehört. Die dort angeführten Beiſpiele ſind gut gewählt. Bei *Brissonius* dürfte man ſich hier vergeblich Raths erholen. — Herausheben will ich nur Cic. de Univ. (ed. Ernest. no. 13.) „Quae cum ita designasset, seseque, si quid postea fraudis aut vitii evenisset, extra omnem culpam causamque posuisset.“ Id. de amicit.: „et hic honos veteri amicitiae tribuendus est, ut is in culpa sit, qui faciat, non qui patiatur iniuriam.“ Ovid. Trist. I. 2. v. 98. „a culpa facinus scitis abesse mea.“

Aquilia eum: *et hoc puto verum, si sit iam iniuriae capax.*

Das Thier, der furiosus, das Kind, waren alle nicht fähig, ein Unrecht zu begehen (iniuriae capaces) 1), weil bei ihnen keine Zurechnung denkbar iſt (in iis nulla culpa est).

L. 52. §. 1. D. eod. Alfenus lib. 2. Digestorum.

Tabernarius in semita noctu supra lapidem lucernam posuerat, quidam praeteriens eam sustulerat, tabernarius eum consecutus lucernam reposcebat et fugientem retinebat: ille flagello, quod in manu habebat, in quo dolon 2) inerat, verberare tabernarium coeperat, ut se mitteret. Ex eo maiore rixa facta tabernarius ei, qui lucernam sustulerat, oculum effoderat. Consulebat, num damnum iniuria non videtur dedisse, quoniam prior flagello percussus esset? Respondi: nisi data opera effodisset oculum, non videri damnum iniuria fecisse, *culpam* enim penes eum, qui prior flagello percussit, residere. Sed si ab eo non prior vapulasset, sed cum ei lucernam eripere vellet, rixatus esset, tabernarii *culpa* factum videri.

Ob hier das Ausſchlagen des Auges ein damnum iniuria datum ſei, ſoll darnach beurtheilt werden, wer die moraliſche Urſache davon geweſen, wem alſo dieſe zuzurechnen. Das flagello percutere war aber doch immer dolus.

L. 29. §. 4. D. eod. Ulpianus Lib. 18. ad Edictum.

---

1) Dafür ſteht einmal culpae capax, aber mit einer ſichtlichen Hinweiſung auf Zurechnung, indem doli capax vorhergeht, in L. 23. D. de furtis Ulpianus lib. 41. ad Sabinum: Impuberem furtum facere posse, si iam doli capax sit, Iulianus libro 22. Digestorum scripsit. Item posse cum impubere damni iniuria agi, quia et (ſo leſen Hal. u. Rhed. richtiger für id) furtum ab impubere fit: sed modum esse adhibendum, ait, nam in infantes id non cadere, nos putamus, cum impubere *culpae capace* Aquilia agi posse — —

2) ſo, oder auch dolo muß ſtatt dolor geleſen werden.

Si navis alteram contra se venientem obruisset, aut in gubernatorem aut in ducatorem actionem competere damni iniuriae. Alfenus ait: Sed si tanta vis navi facta sit, quae temperari non potuit, nullam in dominum dandam actionem, sin autem *culpa nautarum* id factum sit, puto Aquiliae sufficere.

Die culpa nautarum, das, womit die Schiffer dieſe Unbill verſchuldet haben, kann natürlich eben ſo gut dolus als negligentia ſein 1). Noch deutlicher iſt:

L. ult. D. de Scto. Silaniano. Callistratus lib. 1. de iure Fisci.

Si de pluribus heredibus quibusdam invitis aut ignorantibus, apertum erit testamentum, non amittunt portiones suas, *qui culpa carent.*

Die es wußten und wollten, waren doch ſicher in dolo: gerade dieſe Art der Zurechnung war hier nur denkbar.

L. 91. §. 3. D. de V. O. Paulus lib. 17. ad Plautium.

Sequitur videre de eo, quod Veteres constituerunt, quotiens culpa intervenit debitoris, perpetuari obligationem, quemadmodum intelligendum sit. Et quidem si effecerit promissor, quo minus solvere possit, expeditum intellectum habet constitutio; si vero moratus sit tantum etc.

Hier kann culpa nur auf Zurechnung gehn, und doch umfaßt das: si effecerit — possit, welches ihr als ein Fall untergeſtellt wird, ohne Zweifel den dolus 2).

---

1) Die Worte: in quocunque eorum culpa sit in L. 11. pr. eod. ſagen offenbar nichts anderes, als, wem auch immer dies zuzuſchreiben ſein möge, obgleich in dieſem Fall freilich nur an Unbeſonnenheit gedacht wurde, und ſo kommt durchweg der Ausdruck culpa im tit. ad L. Aquil. vor. Nur in dieſem Sinn kann man auch ſagen infirmitas oder imperitia culpae adnumeratur L. 8. §. 1. D. eod. §. 7. I. eod. L. 132. de R. I.

2) Vgl. L. 31. D. ad L. Aquil. unt. §. 15. init.

Ueberhaupt gehören die Stellen aus dem Obligationenrecht hieher, wo bei einzelnen Contracten von culpa mit Einschluß des dolus die Rede ist, wovon in der Folge eine und die andere vorkommen wird.

Nun aber, dünkt mich, ist es an sich klar, daß nur diese letzte Bedeutung des Worts culpa geeignet ist, die Gränzen einer in dem allgemeinen Theil der Rechtswissenschaft aufzustellenden Lehre zu bezeichnen. Es ist gar nicht abzusehen, wie man das ganze weite Gebiet von Widerrechtlichkeiten hierher ziehen könnte, und eben so wenig, weshalb die Lehre von widerrechtlichen Schäden hier vollständig abgehandelt werden sollte, da doch diese immer nur in sofern und darum hierher gehören könnten, als ihnen das Prädicat Widerrechtlichkeit (culpa im weitesten Sinn) zukäme. Im allgemeinen Theil ist über Widerrechtlichkeit nichts anderes zu sagen, als das Allgemeine, was allen Arten derselben gemein ist und was zur Erkenntniß jeder Art vorbereitet. Dies ist aber nicht so bedeutend und umfassend, daß es füglich als eigne Lehre für sich bearbeitet zu werden braucht. Als eigne Lehre hat man die Theorie der culpa aber immer betrachtet. In den allgemeinen Theil gehört sie und ist sie auch immer gerechnet worden, man mag nun die Bestandtheile desselben, die allgemeinen Lehren, wie die Alten, zerstreuen und in die einzelnen Titel vertheilen, oder sich einen abgesonderten allgemeinen Theil bilden, der über die besondern Lehren hervorragt. Die Römer trugen die Rechtslehre der culpa bald hie bald da, aber immer bei einzelnen Contracten, also beim Obligationenrecht vor, da aber heißt culpa, wie wir sehen werden, Zurechnung. War also in meiner bisherigen Darstellung immer noch von culpa in einem andern Sinn und von widerrechtlichen Beschädigungen die Rede, so konnte dies nur darauf abzwecken, die Zurechnung, welche bei diesen Statt findet, zu der Zurechnung, welche bei obligationes vorkommt, in das rechte Verhältniß zu setzen. Dazu war aber nothwendig, den ganzen Fond des interessanten

Aquilischen Gesetzes kennen zu lernen. Was die übrigen bei der Aquilia in Betracht kommenden Punkte, insbesondere aber die Fragen betrifft, wie die actio directa von der actio utilis, wie diese und ob sie überhaupt von der actio in factum unterschieden sei, und in welchem Sinne diese Klagen Pönalklagen zu nennen sind, so halte ich dafür, daß dies alles so wenig als die genauern Unterschiede und Wirkungen von bona und mala fides, wobei doch auch das Wort culpa vorkommt, hierher gehöre.

§. 12.

Ehe wir nun aber die Betrachtung der culpa in dem nun näher bestimmten Sinne weiter verfolgen, müssen wir noch einem Einwande gegen das, was wir über die Lex Aquilia und ihren Inhalt vorgetragen, begegnen. Man könnte nämlich leicht auf den Gedanken kommen, daß doch von der Lex Aquilia ehemals noch ein Capitel mehr, nämlich das später durch Gerichtsgebrauch verloren gegangene zweite 1), vorhanden gewesen. Dies müsse mehr Fälle des damni iniuriae enthalten haben, mithin lasse sich der Umfang des damni iniuriae nach

1) Balduinus ad L. Aquil. pag. 160. et 178., und Noodt lib. sing. ad Leg. Aquil. cap. I. nehmen gar noch mehrere an, aber ohne Grund. S. *Joh. Henr. Mylii* Diss. post. de tribus Legis Aquiliae capitibus (adi. Theoph. paraphr. I. T. II. edit. Reitz) p. 402 etc. Vergl. auch *Heineccii* Antiq. Iur. Lib. IV. tit. 3. p. 183. Daß alles, was über Nebenpunkte, die zur Lex Aquilia gehören, in den im tit. P. de L. Aquil. angeführten Worten des Gesetzes nicht gefunden wird, namentlich, was von der noxalis Legis Aquiliae actio und der poena dupli für den Fall der Läugnung gilt, in andern Capiteln müsse gestanden haben, ist ein durchaus unstatthafter Schluß wie *Mylius* gut gezeigt hat. Daß die genannten Punkte aber in einem außer Gebrauch gekommenen Capitel nicht können enthalten gewesen sein, ergibt sich von selbst, da sie ja noch gelten. Wahrscheinlich sind sie den beiden noch gültigen Capiteln angehängt gewesen, wie auch von dem einen L. 2. §. 1. D. ad L. Aquil. deutlich genug zu erkennen gibt. In ihrer vollen Ausdehnung sind diese Capitel gar nicht auf uns gekommen.

der Lex Aquilia durch Abstraction gar nicht mehr finden. Will man hier von dem Justinianeischen Gesetze als allein geltenden Recht ausgehen, so darf man nur antworten: es kommt nicht darauf an, was die Römer ehemals zum damnum iniuria datum gerechnet haben, sondern was nach dem Römischen Recht, so wie wir es in der Justinianeischen Sammlung jetzt besitzen, dahin zu rechnen ist: zudem wenn das zweite Capitel noch von einem Fall mehr des damni iniuriae handelte, so ist gerade das spätere Verlorengehen desselben ein Beweis, daß man es späterhin nicht mehr dafür hielt, denn, wie gesagt, nirgends im corpus iuris ist eines andern Rechtsmittels für ein damnum iniuria datum, als solches, Erwähnung geschehen; vielmehr wird allenthalben, wo eines Schadens der Art gedacht wird, auch der Aquilia gedacht, mithin ist auch noch heut zu Tage die Aquilische Klage als ein den ganzen Kreis des an sich widerrechtlichen Schadens erfüllendes Rechtsmittel anzusehen. Damit könnte man für ein positives Resultat zureichen, allein wenn man mehr auf den Geist als den Buchstaben sieht, und auch gern seine Ansicht von allen Seiten sichern will, so bleibt es doch immer höchst interessant, zu versuchen, ob man hier nicht den Vorhang lüften könne, und ich glaube, daß aus der ganzen bisherigen Entwickelung noch mehr hervorgeht, wie wenig Ursache Noodt 1) hatte, diese Untersuchung über das zweite Capitel der L. A. für so ganz unnöthig auszugeben 2). Schade nur, daß wir uns hier mit bloßen Vermuthungen behelfen müssen, doch sei es mir erlaubt, ein paar Worte noch daran zu wagen.

Cujacius 3) war hier gerade der Meinung, daß in dem

---

1) ad L. Aquil. cap. 13.

2) Dies ist fast ein Beispiel, daß nichts in der Wissenschaft zu klein sei, — es kömmt manchmal der Nutzen doch später recht zum Vorschein. Freilich aber treibt Mikrologie besser Unkraut als Weizen.

3) Paratitla ad Tit. P. ad L. Aquil.

zweiten Capitel von einem Schaden die Rede gewesen, der sich ohne Verletzung einer Sache („si non fuerit laesa res nostra") bloß durch Entziehung eines bisher genossenen Vortheils ereignet habe. Daß aber sein von dem Plinius entlehntes Beispiel irrig hierher gezogen worden, hat schon Bynkershoek 1) bemerkt, auch ist es in der That kaum zu begreifen, wie Cujacius es übersehen konnte, daß, wenn der so abgerichtete und gezähmte Fisch (wenn es je einen solchen gegeben) lebendig und unverletzt auf dem Markte gefunden worden, der Herr (er war ja als socius pro parte dominus) ihn ja nur hätte wieder zu sich nehmen können. War er aber verletzt, so konnte er ex capite tertio auf so viel klagen, als er einen so feinen Fisch 2) um so theurer hätte verkaufen können: daß die utilitas intercepta, von der Cujacius spricht, d. h. die Fische, die noch ferner auf diese Weise hätten erobert werden können, nicht eingeklagt werden dürfen, hat Bynkershoek gezeigt. Seine eigne Meinung aber, daß das Capitel de deiectis et effusis gehandelt, hat den Cardinalgrund gegen sich, daß das factum, welches hier allein zum Grunde gelegt werden könnte, noch jetzt unter das dritte Capitel gehört und in L. 31. D. ad L. Aquil. als solches vorkommt 3). Cannegieter's 4) Meinung hat nur das gegen sich, daß sie eine durch nichts unterstützte an sich unwahrscheinliche Conjectur ist, denn es ist nicht wohl begreiflich, warum, wenn die Römer das damnum liberi hominis occisi einmal für

1) Observat. I. R. Lib. 1. cap. 13.

2) Er half andre Fische fangen.

3) Ueber die andre Conjectur des Cujacius, welche er in den Paratitlis ad tit. Cod. de Lege Aquil. (Lugd. 1606. 12. p. 183.) äußerte, daß schädliche Veränderung oder Aufbauung der Gebäude gegen Gesetz oder Servitut u. s. w. Gegenstand dieses zweiten Capitels gewesen s. Suarez de Mendoza Comment. ad L. Aquil. cap. 3. not. 11. etc. Es ist auffallend, daß Cuiaz in unserer Materie fast überall gerade die allerverkehrtesten und unwahrscheinlichsten Meinungen bei sich hegte und pflegte.

4) Herrm. *Cannegieter* observ. iur. Rom. Lib. IV. cap. 9.

ein wahres damnum iniuria datum hielten und es in die Lex Aquilia aufnahmen, sie hierüber ihre Gedanken verändert haben sollten; auch sehe ich nicht recht ein, wie dies mit der L. 13. pr. D. ad L. Aquil., wo Bedenken getragen wird, dem verwundeten Freien selbst mehr als eine actio utilis zu geben, weil niemand Herr seiner Glieder sei, (warum wurde denn dieser Fall nicht auch in das zweite Capitel aufgenommen?) zu vereinigen sei. Setzt man einmal voraus, es müsse in dem zweiten Capitel von einem damnum iniuria datum die Rede gewesen sein, so hat die Meinung des Chifletius 1) noch immer am meisten den Schein für sich, obgleich vor einer sorgfältigern Betrachtung auch dieser verschwinden muß, nämlich die Meinung, daß darin de servo corrupto die Rede gewesen. Der Gesichtspunkt, von dem er ausging, daß ein Fall gesucht werden müsse, in welchem ein späteres Rechtsmittel die Lex Aquilia unnütz gemacht habe, ist dann auch ohne Zweifel der richtige. Nur Schade, daß der von ihm gefundene Fall kein solcher ist. Auch ist, so lange man nicht ein damnum iniuriae auffindet, für welches eine andere vortheilhaftere Klage gegeben worden, ein solcher Fall unmöglich, da es immer zuweilen vortheilhafter sein muß, sich auf eine an sich widerrechtliche als eine besonders qualificirte Beschädigung zu berufen. Dies und

L. 3. D. de servo corrupto. Ulpianus lib. 23. ad Edictum. Dolo malo adiecto calliditatem notat Praetor eius qui persuadet. Caeterum si quis sine dolo deteriorem fecerit non notatur, et 2) si lusus gratia fecerit, non tenetur §. 1. Unde quaeritur, si quis servo alieno suaserit in

1) Cland. *Chifletius* Disquisitio de secundo capite Legis Aquiliae (*Otto* Thes. T. V. pag. 873. etc.)

2) Haloander liest ut für et, mit Weglassung des non notatur, welche Lesart vorzuziehen sein möchte.

tectum ascendere, vel in puteum descendere, et ille parens ascenderit vel descenderit et ceciderit, crusque vel quid aliud fregerit vel perierit, an teneatur? Et, si quidem sine dolo malo fecerit, non tenetur, si dolo malo tenebitur. L. 4. eod. Paulus lib. 19. ad Edictum: Sed commodius est, *utili* Lege Aquilia eum teneri.

geben den Haupteinwurf an die Hand. Dagegen sind andre Einwürfe unbedeutend, z. B. ist es gewiß falsch, daß das dritte Capitel auch auf das Verderben der Sitten eines Sklaven schon den Worten nach gerichtet gewesen; corrumpere ward ja so eng verstanden, daß sogar unmittelbares Einwirken auf einen Körper erfordert wurde; wie hätte es denn so bildlich genommen werden können, daß es auch die Verschlechterung einer Seele begreifen könne? Das Zeugniß des Scholiasten der Basiliken 1) macht schon an sich nicht viel aus, aber er sagt auch in einer lateinischen Uebersetzung nichts weiter, als, si quis non occiderit servum, sed usserit, fregerit, vel corruperit, ex tertio capite Legis Aquiliae tenetur. Das ruperit faßte bekanntlich in dem dritten Capitel selbst alles zusammen, auch das vorhergehende usserit und fregerit 2); und den Sklaven lähmen ist weder urere noch frangere, aber corrumpere. Bynkershoek 3) greift, den eben widerlegten Gegengrund abgerechnet, nur die Argumente des Chifletius an, übersah aber jenen Haupteinwurf ganz. Voetius 4) übersah ihn nicht, sucht ihn aber zu umgehen:

1) es sei gerade nicht anzunehmen, daß das zweite Capitel ganz außer Uebung gekommen, die actio servi corrupti

---

1) ad Lib. LX. Tit. III. Const. 27. §. 5. Tom. VII. pag. 89. (edit. Fabrot.): *Ἐὰν τις οὖν οὐκ ἀνεῖλε μὲν τὸν οἰκέτην, ἀλλὰ καύσει αὐτὸν, ἢ ἔκλασεν ἢ διέφθειρεν, ἐκ τοῦ ἡ. κεφαλαίου τῷ Ἀκουιλίῳ κατέχεται.*

2) L. 27. §. 16. D. ad Leg. Aquil.

3) c. l.

4) ad Tit. P. ad L. Aquil. no. 5.

habe dolus erfordert (ihr Klaggrund war also kein damnum iniuria datum), der Fall aber, da aus Scherz, Nachlässigkeit, Unbesonnenheit ein Sklave zu etwas Schändlichem gebracht worden, was ihm sonst nicht gewöhnlich, sei selten, für diesen letzten seltenen Fall sei aber noch immer die actio directa ex secundo capite Legis Aquiliae gegeben worden. — Aber L. 27. §. 4. D. ad L. Aquil. sagt ja ganz allgemein: huius Legis secundum quidem capitulum in desuetudinem abiit, §. 13. t. eod. in usu non est, so Theophilus, und weiter kein Wort davon: hatte es noch den geringsten praktischen Werth, wie konnte man sich so ausdrücken, und wie konnte man den Inhalt ganz mit Stillschweigen übergehen? Wie hätte, wenn in den über den dolus hinausgehenden Fällen, die Aquilia noch Statt fand, Ulpianus in L. 3. pr. so trocken sagen können: non notatur — non tenetur? Wie hätten die Compilatoren dies unergänzt lassen können, indem sie den Fall in §. 1. mit einer actio utilis ex Lege Aquilia aus des Paulus Schriften ergänzten?

2) In dem Fall des §. 1. concurrire so gut die actio directa ex cap. II. als die actio servi corrupti mit der actio utilis ex capite III. von der in L. 4. die Rede sei. — Aber wie konnte denn gesagt werden: sed commodius est, *utili* Lege Aquilia eum teneri? es war doch wenigstens eben so vortheilhaft sich der directa zu bedienen.

3) Es stehe in L. 4. nicht: utili actione Aquilia, sondern utili Lege Aquilia, dies solle aber nur so viel sagen, als: die Lex Aquilia sei hier adhuc utilis; ja utilior, als die actio s. c., da sie auch wegen culpa außer dolus ertheilt werde. — Diese letztere Aushülfe hat es wohl selbst kaum ernsthaft gemeint.

Man muß in der That den Einwurf gelten lassen, und es bliebe für den, der die Meinung des Chifletius nicht fahren lassen wollte, nichts übrig, als zu sagen, man habe ehemals diese

Verderbung der Sitten eines Sklaven als damnum iniuria datum angesehen, sei aber davon zurückgekommen, und habe nur den dolus hier bestraft, und höher, wie sonst: dies hat denn nur die innere Unwahrscheinlichkeit, diese aber in einem hohen Grade gegen sich.

Mir aber scheint es nach allem dem klar genug hervorzugehen, daß in dem zweiten Capitel gar nicht von einem damnum iniuria datum die Rede gewesen. Dies ist sogar aus der Lex Aquilia selbst, nämlich aus den Anfangsworten des dritten Capitels, so wie sie uns in L. 27. §. 5. D. ad L. Aquil. aufbehalten worden, zu beweisen. Sie lauten:

Caeterarum rerum praeter hominem et pecudem occisos, si quis alteri damnum faxit, quod usserit etc.

Caeterarum rerum steht für quantum ad caeteras res, und heißt nicht etwa: was die übrigen Sachen betrifft, außer dem Sklaven und der pecus, dies vertrüge sich schon mit dem occisos nicht, sondern es heißt: Was die übrigen Fälle betrifft, außer denen, da ein Sklave oder ein solches Thier getödtet worden. Das außerhalb geht ja nicht bloß darauf, daß ein anderes Ding getödtet worden, sondern auch darauf, daß dasselbe Ding nicht getödtet, sondern bloß verwundet oder beschädigt worden. Den so bestimmten Sprachgebrauch beweisen:

§. 1. I. si quadrupes pauperiem. Caeterum sciendum est, Aedilitio Edicto prohiberi nos canem, verrem, aprum, ursum, leonem ibi habere, quo vulgo iter fit, et si adversus ea facta erit, et nocitum libero homini esse dicatur, quanti bonum et aequum iudici videtur, tanti dominus condemnetur: caeterarum rerum, quanti damnum datum sit, dupli 1).

Dem libero homini wurden gewiß nicht die Thiere oder

1) *Die Worte des Edikts finden sich ausführlich in L. 40 - 42. D. d. Aedilit. Edicto.

ſonſtige Sachen als ein Reſt zugerechnet und er damit ſelbſt zur Sache gemacht. Ferner:

L. 1. §. 1. depositi. Ulpianus lib. 50. ad Edictum.
Praetor ait: quod neque tumultus, neque incendii, neque ruinae, neque naufragii causa depositum sit, in simplum: *earum autem rerum*, quae supra comprehensae sunt, in ipsum in duplum. —

Hier iſt nicht von Körpern, ſondern von beſtimmten factis, Fällen die Rede, auf die ſich das earum rerum bezieht. So auch

L. 1. §. 1. D. de dolo malo. Ulpianus lib. II. ad Edictum.
Verba autem Edicti talia sunt: Quae dolo malo facta esse dicentur, si *de his rebus* alia actio non erit, et iusta causa esse videbitur, iudicium dabo.

Auch hier geht res offenbar auf die Fälle eines dolus malus. Nicht weniger L. 1. §. un. D. ex quib. caus. mai. Nachdem zahlreiche Fälle dieſer Reſtitution im Edict aufgerechnet worden, fährt es fort: „*earum rerum* actionem intra „annum“ etc. Daher ſagt denn auch §. 13. I. de L. Aquil. gerade zu:

Capite tertio de omni caetero damno cavetur.

und Theophilus gibt dies wieder:

In tertio autem capite de omni reliqua quaestione (*περὶ πάσης λειπομένης ζητήσεως* [forte *ζημιώσεως* Reitz.]) Lex disserit.

Daß dies caeterum nur auf den Inhalt des erſten Capitels rückwärts zu beziehen, iſt klar genug, da der Inhalt des zweiten nicht erwähnt, vielmehr als nicht gültig ausgeſtoßen worden. Aber was kann die Lex Aquilia in einem zwiſchen den beiden andern Capiteln mitten inne liegenden anders enthalten haben? Es iſt hier ſehr zu beklagen, daß wir nicht einmal die Zeit wiſſen, wenn dieſes Geſetz gegeben worden, kaum, daß es ſchon zu Cicero's Zeiten im Gebrauch war, wiſſen

wir mit Gewißheit 1). L. 1. §. 1. ad L. Aquil. sagt, daß es ein Plebiscit gewesen und von einem tribunus plebis Aquilius rogirt worden, welcher aber hiemit gemeint, und wann er gelebt, hat man nicht mit Sicherheit ausmitteln können. Gewöhnlich gibt man die Zeit etwa 100 Jahr vor Sulla an 2). Könnte man dem Zeugnisse des Theophilus 3) trauen, so wurde es zu einer Zeit gegeben, da plebs und Patrizier mit einander im Streite lagen, also wahrscheinlich hauptsächlich deswegen, um die Beschwerden der ersteren über Gewaltthätigkeiten der Art, von den Patriziern und ihrem Gefolge ausgeübt, abzuhelfen. Diese Sache sollte nun ein für allemal ganz und vollständig festgestellt werden, wie es nach diesem mit solchen Schäden gehalten werden sollte. Die alten Gesetze reichten nicht hin, und vermehrten die Verwirrung, darum sollten sie alle abgeschafft werden, das neue Gesetz aber alles umfassen. Das Wichtigste ging voran: ein Sklave, ein Heerdenthier war todt geschlagen. Könnte es nun nicht sein, daß das vermittelnde zweite Capitel irgend etwas über das öffentliche Recht von getödteten Menschen, mit Rücksicht auf fremde Sklaven enthalten habe, was nachher durch Sulla's Gesetzgebung, namentlich durch die Lex Cornelia de sicariis unbrauchbar gemacht worden? sei es auch nur, daß darin bestimmt worden, wie es mit der Concurrenz der öffentlichen Anklage und der Privatklage zu halten sei? Dies ist auch eine bloße Conjectur 4), für mehr gebe ich es nicht, aber sie zeigt, daß das zweite Capitel etwas anderes als Verfügungen über damnum

1) Brutus cap. 34.

2) *Günther* hist. iur. rom. §. 107.

3) Paraphr. IV. 3. §. 15.

4) Es ist immer noch die Frage, ob wirklich vor der Lex Cornelia eine öffentliche Strafe wegen eines fremden getödteten oder verwundeten Sklaven Statt fand — etwa eine öffentliche Züchtigung, wenn es ein Sklave gethan?

iniuriae enthalten haben k a n n, und dies mit dem geführten Beweiſe, daß es etwas anderes enthalten haben m u ß, iſt alles, was wir für diesmal brauchen 1).

1) Das Gegentheil lehrt jetzt *Gai.* Inst. III. §. 215. sq. — Qua et ipsa parte legis damni nomine actionem introduci manifestum est. Es ſcheint ein Verſuch zu ſein, der Zerſtörung körperlicher Sachen die Vernichtung eines Rechts gleichzuſtellen. Anm. d. Herausg.

Zweites Capitel.

Begriff der Zurechnung. — Von Zurechnung und culpa bei der Aquilia.

§. 13.

Es wird niemanden befremden, daß ich in dem Vorigen den Begriff von Zurechnung als bekannt vorausgesetzt, und nur einige allgemein anerkannte Merkmale desselben herausgehoben habe. Ich bin auch nicht gesonnen, eine schulgerechte Definition von demselben aufzustellen und diese philosophisch zu begründen. So verdienstlich eine solche Erörterung an ihrem Orte ist, so glaube ich doch, daß bei Untersuchungen über positives Recht etwas der Art nur unnöthiger Weise aufhält. Am zweckmäßigsten scheint mir hier, von einer bekannten Sache nur eine kurze Beschreibung zu geben, welche dem Sprachgebrauch gemäß ist und sie kenntlich genug macht. Zurechnung (imputatio) findet nämlich Statt, wenn jemand als moralische Ursache einer rechtswidrigen Handlung angesehen wird, so daß er die rechtlichen Folgen derselben tragen muß. Schuld (culpa) und Zurechnung gehen Hand in Hand; jene bezeichnet nämlich in der Bedeutung, worin wir das Wort jetzt zu nehmen haben, dasjenige in dem Handelnden, was ihn zur moralischen Ursache der Handlung machte und daher bewirkte, daß sie ihm zugerechnet werden kann; daher diese Ausdrücke im Ganzen denselben Sinn hervorbringen und es so oft für in culpa est heißt: ei imputatur.

Diese culpa nun, welche auf Zurechnung beruht, ist, außer dem Criminalrechte, fast allein interessant bei unerlaubten

Schadenszufügungen, welche entweder an ſich widerrechtlich ſind, (damnum iniuria datum) oder dadurch, daß man einer obligatio zuwider handelt, indem man entweder ſeine Verpflichtung nicht gehörig erfüllt, oder ſich die Erfüllung derſelben unmöglich macht. Denn obgleich eigentlich nur bei der letzteren Art die Lehre der culpa verwickelt und äußerſt ſchwierig, bei dem damnum iniuria datum aber, recht verſtanden, äußerſt einfach iſt, ſo ſtehen doch beide durchweg in einer engen Verbindung, aus der ſie nicht gezogen werden dürfen, wenn man das Ganze faſſen und deutlich ausdenken will. In der Theorie der culpa muß alſo gleich zu Anfange von der Zurechnung bei der Aquilia die Rede ſein.

§. 14.

Es iſt nun aber ſchon gezeigt worden, wie es den Begriff des damni iniuriae aufhebe, wenn eine beſondere Zurechnung, d. h. daß der Grund, weswegen die Perſon als moraliſche Urſache der Handlung anzuſehen, beſonders geeignet ſei, erfordert werde, woraus denn von ſelbſt folgt, daß nur allgemeine Zurechnung zu verlangen, d. h. daß es hinreichen müſſe, wenn nur irgend ein Grund vorhanden iſt, weshalb jemand ſo angeſehen werden kann. Für dieſe Behauptung fehlt es aber auch nicht an poſitiven Beweiſen in den Geſetzen. Die Haupteintheilung unſerer culpa iſt die in dolus und culpa im engſten Sinn. Abſichtliches Schaden und unabſichtliches aus einer imputablen Nachläſſigkeit ſind, im Groben angegeben, die Bedeutungen dieſer Eintheilung. Daß nicht bloß dolus, ſondern auch culpa zur Aquiliſchen Klage zureiche, iſt bekannt genug. Gleich in der L. 5. §. 1. D. ad L. Aquil., welche wir ſchon kennen gelernt haben, hieß es am Ende, auf den animus nocendi komme nichts an („etiam ab eo, qui nocere noluit"). In mehreren Stellen werden beide ausdrücklich hierher gerechnet. Aber dieſe culpa außer dolus, umfaßt auch das ganze Gebiet der Zurechnung. Um dieſen Satz darzuthun, darf man

zuerst nur die Regel in Anspruch nehmen: semper specialia generalibus insunt 1). Für unsern Gebrauch sagt sie soviel: ein allgemeines Wort darf nie anders beschränkt werden, als wenn sich besondere Gründe dazu nachweisen lassen. In den Titeln zur L. Aquil. wird nirgends von Graden oder species der culpa gesprochen, sondern von culpa, von Nachlässigkeit, von Zurechnung ganz allgemein: in diesen Titeln selbst wenigstens kommt nichts vor, was uns bewegen könnte, unter culpa hier nicht alle denkbare Zurechnung, alles zu begreifen, was jemals Schuld sein kann, und den Sprachgebrauch aus andern Materien zu entlehnen, ist schon an sich mißlich. Jedoch haben wir auch in diesen Titeln selbst die allerdeutlichsten Beweise, daß culpa hier alles umfasse. Die Hauptstelle ist:

L. 44. pr. D. ad L. Aquil. Ulpianus lib. 42. ad Sabinum. In Lege Aquilia et levissima culpa venit.

Ist die beschädigende Handlung nur an sich (objectiv) widerrechtlich, so muß auch jegliches Versehen, es mag so klein sein, wie es will, und alle denkbare Zurechnung hinreichen, damit die Aquilische Klage eintrete 2). Ich getraue mir es zu

1) L. 147. D. de R. J.

2) Um es nur für möglich zu halten, daß in der L. 44. von einem mittleren Grade der culpa die Rede sei, und daß auf diese Weise der Superlativ auch hier statt des Positivs stehe, müßte man schon an unserer Lehre gänzlich verzweifeln und sich wirklich überzeugt halten, daß die Römer hier in ihren Ausdrücken der regellosesten Willkühr ohne Schranken Raum gegeben. So weit sind wir aber noch nicht, daß wir solchen Ueberzeugungen Einzelner (ein Beispiel s. in der Vorrede) huldigen dürften. Durch die gerügte Behauptung würde man aber dreifach sich versündigen:

a. an der Sprache, denn der Satz, daß im Lateinischen der Superlativ zuweilen für den Positiv stehe, muß doch wohl cum grano salis verstanden werden. Der Römer hatte seinen Superlativ nicht umsonst, er konnte das Aeußerste einer Eigenschaft damit ausdrücken und drückte es vornehmlich damit aus. Es kann zwar einen Zusammenhang geben, wo die Verstärkung, welche der Superlativ hervorbringt, in der Hauptsache müßig ist, und wo man also allenfalls den Positiv dafür substituiren

behaupten, daß ein jeder, der diese Stelle im Zusammenhang des Titels und mit unbefangnem Gefühle liest, diesen Sinn gleich herausfinden wird 1). Allein dieser Sinn läßt sich auch noch anderweitig beweisen. Ausgemacht nämlich ist, daß die Zurechnung erst da aufhört, wo der reine Zufall (casus fortuitus oder auch casus schlechthin) anfängt, das heißt gerade Zufall, wenn der Schaden sich ohne alle denkbare Imputabilität der Handlung ereignete. Dies, und daß nur casus nicht, wohl aber alles, was über diesen hinaus liegt, zur Aquilia gehöre, sagt ausdrücklich

---

könnte, ohne daß der Sinn im Ganzen dadurch verändert würde. Das ist aber nicht einmal in der Regel, vielweniger immer der Fall. Nimmt man zwei Grade der culpa an, so ist es leicht zu zeigen, weshalb diligentissimus für diligens, exactissima diligentia für exacta diligentia, culpa levissima für levis gesagt werden kann; aber ungesalzener kann nichts sein, als drei Grade der culpa annehmen und doch sich gefallen lassen, daß diese Ausdrücke sich willkührlich substituirt werden können. Bei der Lex Aquilia ist dies nach dem im Text Gesagten recht augenscheinlich; es wird aber unten noch näher davon die Rede sein.

b. Am gesunden Menschenverstande. Die Natur der Sache zeigt schon, daß, wenn es ein Aeußerstes über die culpa levis hinaus geben soll, dies schlechterdings bei der Aquilia prästirt werden muß. Sonst würde folgen, daß man wegen eines geliehenen Stuhls (nach allen wird bei dem Commodat der dritte Grad prästirt, wenn irgendwo einer prästirt wird,) zu größerer Sorgfalt verbunden sei, als nach der Lex Aquilia, damit man einen Sklaven nicht tödte, damit man nicht durch Feueranlegen die ganze Nachbarschaft in Gefahr setze. Man wende mir nicht ein: die Natur des Falls verlange hier von jedem Fleißigen schon eine größere Bedachtsamkeit: das, was im dritten Grade zu prästiren ist, liegt ja über das ganze Gebiet der Aquilischen culpa hinaus.

c. An den Gesetzen selbst, nämlich an den Bestimmungen, die der tit. de lege Aquil. im Zusammenhang gelesen und verstanden, darüber enthält, wovon unser Text den Beweis enthält.

1) Im Wesentlichen stimmt völlig überein Löhr Theorie der Culpa. S. 88. 89.

§. 3. I. de Lege Aquilia: Ac ne is quidem hac lege tenetur, qui casu occidit, si modo culpa eius nulla inveniatur. — —

Unterstützend ist:

L. 30. §. 3. D. eod. Paulus lib. 22. ad Edictum.

In hac actione, quae ex hoc capitulo oritur, dolus et culpa punitur. Ideoque si quis in stipulam suam, vel spinam, comburendae eius causa, ignem immiserit, et ulterius evagatus et progressus ignis alienam segetem vel vineam laeserit, requiramus, num imperitia eius aut negligentia id accidit. Nam si die ventoso id fecit, culpae reus est; nam et qui occasionem praestat, damnum fecisse videtur. In eodem crimine est, et qui non observavit, ne ignis longius procederet. *At si omnia quae oportuit observavit, vel subita vis venti longius ignem produxit, caret culpa.*

Hier, wo nicht die Natur eines besondern Verhältnisses bestimmen konnte, wie viel Sorgfalt er anzuwenden hatte, kann das: quae oportuit nur auf alles gehen, was jemals vernünftiger Weise verlangt werden kann, so daß nur der reine Zufall entschuldigt. An diesen schließt auch das nicht trennende, sondern erklärende: vel die zu verlangende Sorgfalt an: oder also wenn ꝛc. Nur wenn ein solcher plötzlicher Zufall eintrat, ist er ohne Schuld (caret culpa). Schon daß solche Fälle, wie in L. 30. §. 3. und L. 27. §. 9. eod., wo Feuersgefahr in Betracht kam, zur Lex Aquilia gehörten, macht es nothwendig, daß hier alles gefordert werde, was irgend gefordert werden darf.

§. 15.

Da also alles jemals Imputable zur Aquilia gehört, so muß es für diese ganze Lehre von der äußersten Wichtigkeit sein, zu untersuchen, wie weit ging hier der Römer, wie weit ließ er die imputatio gehen und wo den casus anfangen? Ist

dies erſt erkannt, ſo weiß man nun auch ein für allemal, wie weit man überhaupt nur gehen darf, wenn von culpa und Zurechnung die Rede iſt. Wir haben eine Stelle, wo eine allgemeine Aeußerung hierüber vorkommt.

L. 31. D. ad Legem Aquiliam. Paulus lib. 10. ad Sabinum.

Si putator ex arbore ramum cum deiiceret, vel machinarius hominem praetereuntem occidit, ita tenetur, si is in publicum decidat, nec ille proclamaverit, ut casus eius evitari possit. Sed Mucius etiam dixit, si in privato idem accidisset, posse de culpa agi: *culpam autem esse, cum quod a diligente provideri poterit* 1) *non esset provisum*, aut tum denunciatum esset, cum periculum evitari non posset. Secundum quam rationem non multum refert, per publicum an per privatum iter fieret, cum plerumque per privata loca vulgo iter fiat. Quod si nullum iter erit, dolum duntaxat praestare debet, ne immittat in eum, quem viderit transeuntem, nam culpa ab eo exigenda non est, cum divinare non potuerit, an per eum locum aliquis transiturus sit.

Bei dem Herabfallen eines Zweiges oder eines andern beſchädigenden Dinges unterſchied hier Sabinus zwiſchen dem Fall, da er auf einen öffentlichen, und dem, da er auf einen Privatplatz herabfiel. Mucius und nach ihm Paulus meinten, dieſe Unterſcheidung reiche nicht hin, um die Verantwortlichkeit

1) Dieſe Lesart, wobei bloß die Verſetzung der Flor. *quod cum*, ausgemerzt iſt, ſcheint mir die beſte. Man muß hinzudenken: unter denſelben Umſtänden. Mit der Verſetzung, wie die Flor. hat ſie der Cod. ms. Regiom. und der Cod. ms. Hafn. (ohne a vor diligente). Die übrigen Lesarten geben jedoch auch denſelben Sinn. Hal. cum quod diligenter provideri potuerat. So Paris. 1548. 8. Senneton. (Lugd. 1550. f.) u. Lugd. 1575. — Venet. 1484. cum quod a diligente provideri potuit, tunc non etc., ſo Nor. 1482. u. Paris. 1528. f.; ſo mit der Verſetzung de Tortis 1494 (non esse: Druckfehler) und 1498. — Baudoza: quod cum a diligente provideri potnerat.

dessen, der die Sache fallen ließ, auszumitteln. Man müsse hier nämlich, wie überhaupt in dieser Materie, alles auf culpa reduciren. Dabei wird denn bestimmt, was culpa sei. Es komme darauf an, ob mit Fleiß, oder, was dasselbe sagt, von einem fleißigen Mann die Gefahr vorhergesehen werden konnte. Es fragt sich nun aber, wer ist fleißig, und wann kann man sagen, daß einer unfleißig war? Mich dünkt, die natürlichste und ohne Zweifel richtige Antwort ist die: wenn er die Sorgfalt anwandte, welche gewöhnlich menschlichen Kräften gemäß ist. Wer sich nur nicht auszeichnet durch Fleiß, von dem kann man noch nicht sagen, daß er unfleißig oder nachlässig gewesen. Auszeichnung ist überhaupt nur auf dreierlei Weise möglich:

1) durch Anwendung seltener Talente: ein Cäsar kann aber bei dem besten Willen niemand werden, der nicht dazu geboren ist;
2) durch außerordentliche Aengstlichkeit, die schon Gefahr wittert, wo ein gewöhnlicher Mensch nicht daran denkt, und daher sie auch wohl einmal vermeidet, wo ein anderer hineingefallen wäre, im Ganzen aber immer doch zu kurz kömmt;
3) indem man für eine einzelne Handlung sich über das gewöhnliche Maaß menschlicher Kräfte anstrengt.

Von der letzteren Weise kann nie die Rede sein, wo, wie hier, eine immer fortdauernde Sorgfalt erfordert wird, denn nie und nimmer darf man fremde Sachen beschädigen, an Gelegenheit dazu für den Unvorsichtigen fehlt es aber selten: daher muß man stets auf seiner Hut sein. Das Aeußerste von Kraftanstrengung kann aber wohl in einem Fall, zu einer Zeit, aber nicht durchweg aufgeboten werden. Und wie sollten wohl die Römer es jemals haben zur Pflicht machen wollen, ein Genie zu sein, oder aber ein kleinlicher Mensch, der nichts mehr bedauert, als daß er keine Augen im Rücken hat? Die Natur der Sache zwingt uns also schon, die levissima culpa, das Aeußerste, was jemals verlangt werden kann, auf das gewöhnliche

Maaß menschlicher Kräfte zu beziehen, und, wie es schon der Sprachgebrauch will, den für fleißig gelten zu lassen, welcher das that, was in der Regel ein fleißiger Mann, indem er fleißig ist, gethan hätte. Der Zusatz: indem er fleißig ist, steht nicht müßig, denn ein Fleißiger kann auch wohl einmal in einem einzelnen Fall unfleißig sein; aber solche Ausnahmen dürfen hier, wo von an sich widerrechtlichen Beschädigungen fremder Sachen die Rede ist, nicht geduldet werden, da ja ein im Ganzen fleißiger Mann sonst nie verantwortlich werden könnte: die jedesmalige Schadenszufügung würde immer die Ausnahme sein, da er sich selbst vergaß. Hiermit stimmt denn auch das vorgetragene Fragment vollkommen überein. Pflegen Leute über den Platz zu gehen, so muß er darauf Acht haben, denn keinem fleißigen Manne wird hier die Gefahr entgehen, und kommt nun einer, so muß er zu rechter Zeit ihm zurufen, damit dieser die Gefahr vermeiden könne. Wird der Ort gewöhnlich nicht besucht und es geht jedoch zufällig einer darüber, so wird der andre nur verantwortlich, wenn er ihn wirklich sah, und sich nicht daran kehrte. Es gibt nun aber, wie die Erfahrung lehrt, allerdings Menschen von seltner Umsichtigkeit, von denen man voraussagen kann, es wäre sicher niemand unter dem Baume weggegangen, auf dem sie das Beschneiden verrichteten, ohne daß sie ihn gewahr geworden wären, oder andere, die aus ihnen gewöhnlicher übertriebener Scheu vor Gefahr, selbst wo sie nicht droht, auch unter diesen Umständen ihre ängstliche Wachsamkeit nicht würden abgelegt haben. Das alles aber kann im Allgemeinen gar nicht gefordert werden, und wird hier daher auch gar nicht mehr zur culpa gerechnet. Ein andrer Fall, aus dem sich mit fast noch mehr Befriedigung dasselbe abnehmen läßt, ist im folgenden Fragment enthalten:

L. 52. §. 4. D. ad Legem Aquil. Alfenus lib. 2. Digestorum.

Cum pila complures luderent, quidam ex his servulum,

cum pilam praecipere 1) conaretur, impulit, servus cecidit, et crus fregit. Quaerebatur, an dominus servuli Lege Aquilia cum eo, cuius impulsu ceciderat, agere posset. Respondi, non posse, *cum casu magis quam culpa videretur factum.*

Solche Unglücksfälle, wie der in dieser Stelle vorgelegte, können wohl ohne Frage in jedem einzelnen Falle durch Aufbietung aller möglichen Sorgfalt vermieden werden, aber wer kann immer in dem Grade gespannt sein, wer kann es vollends beim Spiele sein, oder wer kann die höchste Leichtigkeit und Gewandtheit im Aufmerken und Vermeiden schädlicher Erfolge, welche nur wenigen gegeben ist, verlangen? Daher wird eine solche Schadenszufügung für bloßen Zufall erklärt, und alle culpa geradezu verneint. Nun vergleiche man noch folgende beide Stellen:

§. 8. I. eod.

Impetu quoque mularum, quas mulio propter imperitiam retinere non potuit, si servus tuus oppressus fuerit, culpae reus est mulio. Sed et si propter infirmitatem eas retinere non potuerit, *cum alius firmior retinere eas potuisset*, aeque culpa tenetur.

L. 1. §. 5. D. si quadrupes pauperiem. Ulpianus lib. 18. ad Edictum.

Sed et si canis, cum duceretur ab aliquo, asperitate sua evaserit, et alicui damnum dederit, *si contineri firmius ab alio potuit* vel si per eum locum induci non debuit, haec actio cessabit, et tenebitur qui canem tenebat.

In beiden Fällen soll die Aquilische Klage Statt finden, wenn ein Anderer mehr Kraft hätte anwenden können, also wenn er es besser machen konnte: der stärkste Ausdruck für den höchsten Grad des Fleißes, wie er selbst beim Commodat, das

1) Die Florentin. Lesart: percipere gibt am Ende denselben Sinn.

man hier doch für ausgezeichnet hielt, nicht stärker vorkommt. Das Resultat steht also fest:

die Aquilia erfordert das Aeußerste der Sorgfalt, damit keine culpa eintrete: sie verlangt aber nicht mehr als den Fleiß, welchen fleißige Männer gewöhnlich anwenden: folglich gehört niemals mehr zur Vermeidung der culpa, als mittelmäßiger Fleiß, nach der gewöhnlichen Anstrengungsfähigkeit eines Menschen berechnet, und was darüber hinaus liegt, gehört schon zum casus fortuitus und wird keinesweges zugerechnet, wenn gleich jemand die physische Ursache des schädlichen Ereignisses gewesen.

Drittes Capitel.

Von dolus, culpa lata und culpa levis.

§. 16.

Mit dem im vorigen Capitel Vorgetragenen ist die Lehre von der Zurechnung und culpa, so weit sie das Aquilische Gesetz angeht, erschöpft, aber nun erst im Obligationenrecht entwickeln sich ihre Schwierigkeiten und erweitert sich ihr Umfang. Nach der Aquilia haben dolus und culpa gleiche Wirkungen, und die culpa umfaßt jederzeit alles: im Obligationenrecht richtet sich der Grad der praestatio culpae nach dem Grad der besondern Verpflichtung, welche das bindende Verhältniß mit sich bringt, und es wird zuweilen nur dolus und die ihm gleichstehende culpa lata, gewöhnlich aber auch mehr prästirt. Diese noch unbestimmte Bemerkung reicht hier noch hin, um zuvörderst die Nothwendigkeit zu zeigen, den dolus von der culpa s. str. genauer zu unterscheiden, als es bei der Aquilischen culpa nöthig war, und dabei vornämlich den Begriff der culpa lata so scharf als möglich zu fassen. Neue an sich schätzbare Bemühungen haben hier auf neue Irrthümer geführt, die ans Licht gezogen werden müssen, damit der Eingang völlig gesäubert werde.

§. 17.

Man hat es wohl versucht, das Wort dolus 1) auf eine

1) *Vgl. H. L. Z. a. a. O. S. 717.

juriſtiſche Grundbedeutung zurückzuführen, aber des Donellus 1) Beiſpiel könnte ſchon davon abſchrecken. Alles was ſich hierüber ſagen läßt, iſt etwa, daß, wenn man von dem dolus bonus wegſieht, dolus immer etwas Arges in dem handelnden Subject, irgend eine an ſich verwerfliche Geſinnung und Abſicht vorausſetzt. In weiterer Bedeutung war es daher dolus, fraus, wenn man widerrechtlich handelte, mit dem vollen Bewußtſein, daß man ein Recht verletze, dies mochte nun beſtehen worin es wolle, z. B. jemand maßt ſich ein Recht an, wovon er weiß, daß es einem Andern zukommt, er macht eine Forderung, deren Nichtigkeit er einſieht 2).

In einem engern Sinn, welcher uns hier am wenigſten etwas angeht, heißt dolus abſichtliche Verleitung eines Andern durch bewirkten Irrthum zu einem unerlaubten Zwecke, z. B. man verführt jemanden zu einem ihm nachtheiligen Vertrage 3). Jene allgemeinere Bedeutung auf widerrechtliche Beſchädigungen angewandt, ſie mögen nun an ſich widerrechtlich ſein, oder es dadurch werden, daß eine obligatio die Vermeidung oder Verhütung des Schadens erforderte, heißt dolus jedes Arge und Verwerfliche in der Geſinnung, ohne welches der Schaden nicht geſchehen wäre. Vor allem tritt dies ein, wenn man mit Beſtimmtheit vorherſah, die beabſichtigte Handlung werde den Scha-

---

1) Commentar. i. c. Lib. 15. cap. 40. Aus redlichem und dem wärmſten Enthuſiasmus für den großen Mann mag ich hier, wo es nichts fruchten kann, ſeine Blößen nicht aufdecken. Wer kühler gegen ihn geſonnen iſt, dem kann die Stelle zur Gemüthsergötzung empfohlen werden. In der That hat ihn hier das ſchöne Streben nach Einheit, was dieſem von Natur philoſophiſchen Geiſte eigen iſt, zu weit geführt, und ſein Wortreichthum iſt hier wohl am wenigſten Gedankenreichthum. — Wo es in der Folge die Sache erfordert, werde ich auch den Meiſter nicht ſchonen.

2) L. 2. §. 5. D. de doli mali et met. except. L. 36. in f. D. de peculio. L. 8. §. 9. D. mandati., L. 134. pr. D. de V. O. L. 173. §. ult. D. de R. I.

3) L. 1. §. 2. D. de dolo malo. L. 7. §. 9. D. de pactis.

den zur Folge haben, und man doch so handelte, daß er erfolgen mußte, also wenn man wissentlich schadete, und gerade dies macht in unserer Lehre den bestimmteren Begriff von dolus aus. Die Beweggründe sind hier in der Regel immer schlecht und an und für sich tadelnswerth, die That mag nun aus Bosheit, Schadenfreude, Rachbegierde, oder aus augenblicklichem Zorn oder aus Gewinnsucht geschehen. Nur wenige Ausnahmen gibt es hier, nämlich da einer, ungeachtet er den Schaden vorhersah, aus Mitleid oder verzeihlicher Begünstigung eines Dritten handelte. Die schon oft angeführten Stellen 1), welche solche Ausnahmen enthalten, zeigen nur, daß der Römer sich hier des Ausdrucks dolus, als von *culpa lata* unterschieden, nicht bediente, obgleich doch im weiteren Sinn in jeder culpa lata, und gewiß auch darin eine fraus enthalten war, wenn man z. B. um einen Dritten zu begünstigen, eine Sache nicht kaufte, indem man doch den Auftrag dazu übernommen, oder einem fremden Sklaven die Fesseln löste, wohl wissend, daß er dann davon laufen würde 2). Gewiß irrig ist es, mit Löhr 3) hieraus zu schließen, daß wissentliches Schaden so gut den dolus als die culpa lata, also wohl beide zum Unterschied von culpa levis charakterisire, und daß man daher die Verschiedenheit der beiden ersteren in etwas ganz anderem suchen müsse. Es konnte nicht fehlen, daß dies Andere, worin er sie sucht, auf Abwege leitete, die wir durchirren wollen, um Andere davor zu warnen.

§. 18.

Einmal soll dolus einzig und allein auf animus lucri

---

1) L. 7. pr. D. depos. L. 14. §. 2. D. de custod. et exhib. reor. L. 8. §. 10. D. mandat. Vergl. L. 15. §. 1. D. de iudic. L. 1. §. 2. D. de magistrat. conveniend. Vergl. *Cujacii* observ. L. 13. cap. 39. pr., wo schon behauptet wird, daß zu Gunsten eines Dritten schaden immer culpa lata sei.

2) In L. 7. pr. depos. cit. wird dies letztere ausdrücklich decipere genannt, obgleich ein Trug, der an den dolus angränzt (dolo proximum).

3) Theorie der culpa §. 6. und in den Beiträgen pag. 18. etc.

faciendi gehen, alles andere wissentliche Schaden soll culpa lata heißen, also diese doch wohl eine Stufe, wenn auch nur im Begriff, niedriger stehen 1). Also, wenn einer aus Feindschaft, Neid, Schadenfreude handelte, wenn er recht eigentlich schadete, um zu schaden, so ist das geringer, als wenn er schadete, weil er einen Vortheil für sich nicht anders erreichen konnte; so ist das nur culpa lata, nicht dolus. Und wo steht denn das? Die erste Stelle soll sein:

Pauli recept. sentent. II. 31. §. 31. Fur est, qui dolo malo rem alienam contrectat.

Sie sagt aber nichts anderes, als daß zum furtum einmal contrectatio gehöre, und dann daß diese dolo malo geschehen sei. Bei der contrectatio wird dieser dolus gewöhnlich animus lucri faciendi sein, so daß beide hier in der That selbst zusammenfallen. Vollständiger wäre ohne Zweifel die Bestimmung gewesen, wenn noch hinzugefügt worden, daß dieser dolus in der Absicht, sich einen Vortheil zu machen, müsse bestanden haben, doch das verstand sich leicht von selbst. Uebrigens wird es niemand läugnen, 1) daß der specielle Begriff von furtum es mit sich bringe, daß der dabei vorkommende dolus immer ein animus lucri faciendi sein müsse, und 2) daß animus lucri faciendi immer und allemal dolus sei; aber daraus folgt nimmer das Umgekehrte des letzten Satzes. Sodann soll hierher gehören L. 14. §. 3. de furtis 2). Allein dieser §. 3. ist ohne

---

1) Begreife man dies Uebrige auch unter dolus, so müsse man schon das Wort dolus in der allgemeineren Bedeutung nehmen, da es auch die culpa lata in sich schließe; so Löhr.

2) Ulpianus lib. 29. ad Sabinum:

Is autem, apud quem res deposita est, videamus, an habeat furti actionem. Et cum dolus dumtaxat praestet, merito placet, non habere eum furti actionem, quid enim eius interest, si dolo careat? quodsi dolo fecit, iam quidem periculum ipsius est, sed non debet ex dolo suo furti quaerere actionem.

allen Werth für Löhr's Meinung, wenn man nur nicht, ohne Unterstützung der Manuscripte, ex furto suo statt ex dolo suo liest, was denn auch wohl nur durch ein Versehen bei Löhr in den Text hineingekommen ist. Nimmt man den §. 4. 1), der doch noch einigen Schein hätte geben können, gleich hinzu, so ist die Auslegung höchst einfach. Weil niemand durch seinen dolus sich eine Klage verschaffen kann, so ist kein Fall denkbar, in welchem der depositarius, welcher nur für dolus haftet, die actio furti anstellen könnte, denn nur Verbindlichkeit zum Ersatz gibt hier ein Interesse. So darf auch, nach Julian's Meinung, kein Dieb jemals die actio furti anstellen, mithin auch der depositarius nicht, welcher die anvertraute Sache unterschlug, obgleich er von diesem Augenblick an die Gefahr sieht, d. h. für den Diebstahl haften muß. Es wird von diesem Gegenstande noch in der Folge die Rede sein, aber um hieraus zu schließen, daß dolus eben dasselbe sei, was animus lucri faciendi, müßte er voraussetzen, entweder, daß im depositum jede zum Ersatz verpflichtende Handlung gleich ein furtum sei, oder daß der Depositar nur wegen eines wahren furti hafte, welches doch beides gleich ungereimt sein würde. Und wie konnte Löhr hier übersehen, daß, wie so bekannt ist, im depositum auch für culpa lata gehaftet wird; das ganze Raisonnement des Juristen wäre also grundfalsch, wenn in dem §. 3. nicht dolus die culpa lata mitbegriffe, diese müßte daher hier zugleich mit so viel als animus lucri faciendi sein, und doch soll sich dolus ja gerade so von ihr unterscheiden. Endlich hat er sich noch auf L. 50. §. 4. D. de furtis 2) berufen. Ulpianus stellt hier zwei Fälle vor

1) Iulianus quoque libro 22. Digestorum scribit: Quia in omnium furum persona constitutum est, ne eius rei nomine furti agere possint, cuius ipsi fures sunt, non habebit furti actionem is, apud quem res deposita est, quamvis periculo eius res esse coeperit, qui eam contrectavit. — Die Lesart: quia e. c. gibt denselben Sinn.

2) Ulpianus lib. 37. ad Edictum. Cum eo, qui pannum rubrum ostendit, fugavitque pecus, ut in fures incideret, si quidem dolo malo

Augen, den einen, da jemand Vieh verscheuchte, so daß es Dieben in die Hände fiel, und zwar in der Absicht, um von dem gestohlnen Vieh seinen Theil zu bekommen, oder doch damit ihm sonst seine Hülfe von den Dieben vergütet werde; den zweiten, da er dasselbe mit demselben Erfolg that, aber ohne eine böse Absicht, bloß aus Muthwillen und Leichtsinn. Dort soll die actio furti, hier doch die actio utilis Legis Aquiliae Statt finden. Es lassen sich hier freilich noch andere Fälle eines dolus malus denken, z. B. da er es aus Schadenfreude that, aber an diese seltenen Fälle ward hier nicht gedacht, sondern in facto vorausgesetzt, daß entweder animus furti faciendi oder

---

fecit, furti actio est, sed et si non furti faciendi causa hoc fecit, non debet impunitus esse lusus tam perniciosus: idcirco Labeo scribit, in factum dandam actionem. — *Dieselbe Gegenüberstellung findet sich auch in *Gaius* Inst. III. §. 202. Interdum furti tenetur, qui ipse furtum non fecerit: qualis est, cuius ope consilio furtum factum est. in quo numero est, qui nummos tibi excussit, *ut eos alius surriperet;* — aut oves tuas aut boves fugavit, *ut alius eas exciperet.* et hoc veteres scripserunt de eo qui panno rubro fugavit armentum. sed si quid per lasciviam, et non data opera, *ut furtum committeretur,* factum sit, videbimus an utilis Aquiliae actio dari debeat; cum per legem Aquiliam, quae de damno lata est, etiam culpa puniatur. Merkwürdig ist, daß als Grund, warum die actio utilis gegeben werden müsse, angeführt wird: cum per legem Aquiliam — etiam culpa puniatur, und es scheint dies gegen die Meinung zu streiten, daß culpa außer dolus immer culpa levis heiße. Allein theils wird hier das Wort dolus nicht gebraucht, obgleich es §. 197. in fine ibid. heißt: furtum sine dolo malo non committitur, theils hat, wie schon im Text erwähnt worden, der dolus bei der actio furti seinen ganz besondern Charakter. In diesem besondern Zusammenhang könnte es denn allerdings animus lucri faciendi bezeichnen, in sofern dieser allein in Betracht kommt. Sollte aber in dem vorgelegten Falle nicht noch eine ganz andre Absichtlichkeit in Betracht kommen? Bei dem Diebstahlsgehülfen scheint nicht die Absicht eignen Gewinns, sondern nur data opera, ut furtum committeretur erfordert zu sein, und diese Absichtlichkeit wird hier der culpa entgegengesetzt, daher natürlich unter dieser die lata mit begriffen ist.

lusus perniciosus die Urſache geweſen; in dem erſten Fall war dolus vorhanden, denn animus lucri faciendi iſt immer dolus, in dem letztern culpa lata, denn ſolche Petulanz iſt grobe Schuld, ohne gerade Argliſt im ſtrengern Sinn zu ſein, ſie ſetzt Leichtſinn voraus, wie ein irgend beſonnener Mann ihn ſich niemals zu Schulden kommen läßt. Wenn man Ulpian gefragt hätte: wie, wenn er es nun aus bloßer Teufelei that, um den Andern, dem er das ſchöne Vieh beneidete, darum zu bringen, iſt das dolus oder bloß culpa lata: was ſollte wohl ſeine Antwort geweſen ſein?

§. 19.

Ein anderer Verſuch des Löhr, hier einen neuen Unterſchied aufzufinden, iſt nicht weniger mißlungen. Dolus ſoll culpa in faciendo, culpa lata ſoll culpa in non faciendo bedeuten 1), und beide ſich ſo unterſcheiden. Das erſtere kann man in gewiſſem Sinn gern zugeben, das letztere unmöglich. In Wahrheit nämlich können beide auf beides gehen, gerade wie das Wort culpa ohne Zuſatz, je nachdem der Zuſammenhang es mit ſich bringt. Löhr's hauptſächliche Beweisſtelle iſt:

L. 7. D. ad Legem Cornel. de sicar. Paulus lib. singular. de public. iudic.

In Lege Cornelia dolus pro facto accipitur: nec in hac Lege culpa lata pro dolo accipitur. Quare si quis ab alto se praecipitaverit, et super alium venerit, eumque occiderit, aut putator ex arbore cum ramum deiiceret, non proclamaverit, et praetereuntem occiderit, ad huius Legis coercitionem non pertinet 2).

Er hätte aber keine Stelle anführen können, die ihm mehr entgegen wäre. Gerade der Fall, da einer den Aſt herunterwarf,

---

1) Die Behauptung iſt gerade nicht ganz neu; ſ. *Connanus* Commentar. J. C. lib. VII. c. 4. No. 7.

2) *H. L. Z. a. a. O. S. 719. macht auf eine Erklärung dieſer Stelle in Unterholzner's juriſt. Abhandl. S. 271. Anm. aufmerkſam.

ohne zu rufen, indem er doch Leute erwarten konnte, kommt, wie wir schon aus dem Obigen wissen, in L. 31. D. ad Leg. Aquil. vor, es kann dies also nur eine culpa in faciendo sein, da, wie Löhr selbst oft angeführt, die Aquilia nur eine solche zuläßt. Hat sich denn dieser Fall im Titel ad Leg. Corn. auf einmal verwandelt, und konnte sich ein römischer Jurist wohl einbilden, daß das non proclamare beim Herunterwerfen diese Schuld zu einem bloßen Unterlassungsfehler machen könne? Es gibt gar keine unabsichtliche Schuld, sie mag so grob oder so leicht sein, wie sie will, bei der nicht etwas unterlassen worden, was hätte geschehen müssen, irgend eine Anstrengung, eine Aufmerksamkeit, eine Vorkehrung. Das macht noch nicht die culpa zu einer culpa in non faciendo. Diese ist von der culpa in faciendo nicht so unterschieden, daß bei dieser nicht irgend etwas vernachlässigt worden, was, beobachtet, die Schuld abgewandt hätte, sondern der Unterschied liegt darin, daß bei jener nur allein durch Unterlassen geschadet und gefehlt worden, da hingegen bei der culpa in faciendo die causa efficiens eine positive Handlung sein muß, bei der denn aber allerdings die Zurechnung, das subjectiv Tadelnswerthe in einer Nachlässigkeit bestehen kann. Die vorliegende Stelle sagt nichts mehr und nichts weniger, als daß das factum, welches das iudicium Legis Corneliae begründen soll, ein dolus sein müsse, und daß gröbliche Nachlässigkeit und selbst noch so frivoler Leichtsinn nicht hinreiche; der dolus, von culpa lata unterschieden, kann hier aber, wo von Tödtung eines Menschen die Rede ist, kein anderer sein, als der animus occidendi, von dem auch in L. 1. §. 3. eod. gesagt wird, daß er nicht fehlen dürfe, aber auch hinreiche, selbst wenn die Verwundung den Tod nicht zur Folge haben sollte. Eben so sprechen auch die aus den titt. I. et P. ad Leg. Aquil. von ihm angeführten Gesetze, wo bemerkt wird, daß dolus und culpa prästirt würden 1), mehr

1) L. 30. §. 3. D. ad Leg. Aquil. §. 3. 14. I. eod.

gegen als für ihn, denn es ist nicht abzusehen, warum die culpa und negligentia, welche bei der Aquilia vorkommt, nicht auch eine lata sollte sein können. Dolus geht bei der Aquilia nur auf culpa in faciendo, aber warum? darum nur, weil, wie wir gesehen haben, alle culpa dort in einem Thun bestehen muß, also auch die culpa lata, also auch der dolus, so gut wie die culpa levis. Unter einem von den beiden Worten dolus, culpa in jenen Stellen muß doch wohl die culpa lata begriffen sein, sicher aber nach römischem Sprachgebrauch unter dem ersteren. Daß das Wort culpa lata aber in den Titeln von der Aquilischen Klage gar nicht vorkommt, beweist nichts, da dieser ganze Unterschied zwischen dolus und culpa lata hier, wo jede culpa prästirt wurde, keine Rücksicht verdiente. Es ist überhaupt ein Fehler, von dem zu wünschen wäre, daß ein Mann von Verdiensten, wie Löhr, ihn für immer ablegte, der ihm aber in seinen Schriften über culpa öfters entschlüpft ist, und den wir oben bei einer andern Gelegenheit schon gerügt haben, gleich eine speciellere Bedeutung eines Worts anzunehmen, wenn es in einem besondern Zusammenhang einen engeren Sinn ausdrücken hilft, als es seiner Natur nach in einem andern Zusammenhang mit auszudrücken im Stande ist. So gehört es so wenig zum Begriff des dolus oder der culpa lata, als zum Begriff der culpa überhaupt, daß das Vergehen in einem facere, oder daß es gerade in einem non facere bestanden; ist aber einmal von dem einen oder dem andern die Rede, so beschränken sich jene Ausdrücke auch auf das gerade Gemeinte, ohne daß sie darum an sich eine engere Bedeutung annehmen. Diese Worte sind es ja nicht, die den Sinn so beschränken, sondern die übrigen, oder doch das, was nach dem Zusammenhang supplirt werden muß. Wenn in der von Löhr noch angeführten L. 2. C. de magistratib. conv. L. 2. C. arbitr. tut. L. 2. C. si tutor vel curat. non gesserit, von Unterlassungssünden und zugleich von culpa lata die Rede ist, so ist es ja nicht der letztere Ausdruck, welcher das non facere bezeichnet, sondern dies

thun die übrigen Ausdrücke, und jener sagt bloß, daß das non facere in einer schweren Schuld bestanden. Dasselbe konnte aber auch auf dieselbe Art von einem facere gesagt werden, ohne daß sich der Begriff von culpa lata im geringsten verändert hätte. Dürfte man so schließen, wie Löhr, so könnte man auch behaupten, culpa levis unterscheide sich so von culpa lata, daß jene in einem facere, diese in einem non facere bestehe, da jene bei der Lex Aquilia auf ein facere gehe, diese in Fällen, wo von einer bloßen Unterlassung die Rede ist, als culpa in non faciendo erscheine. Doch schon genug und mehr als zu viel hiervon.

§. 20.

Diese Versuche waren also vergeblich und in der That auch unnütz, da es, außer jenen Ausnahmen, keine Fälle einer wissentlichen Schuld gibt, welche nicht dolus im eigentlichen Sinn sind. Dagegen wird insonderheit von Löhr angeführt:

L. 29. pr. D. mandat. Ulpianus lib. 7. Disputationum.

Si fideiussor conventus, cum ignoraret non fuisse debitori numeratam pecuniam, solverit ex causa fideiussionis, an mandati iudicio persequi possit id quod solverit, quaeritur? et si quidem sciens praeterniserit exceptionem vel doli vel non numeratae pecuniae, videtur dolo versari, dissoluta enim negligentia prope dolum est. Ubi vero ignoravit, nihil, quod ei imputetur. Pari ratione, et si aliqua exceptio debitori competebat, pacti forte conventi vel cuius alterius rei, et ignarus hanc exceptionem non exercebit, dici oportet, ei mandati actionem competere, potuit enim atque debuit reus promittendi certiorare fideiussorem suum, ne forte ignarus solvat indebitum.

Es hat dies einigen Schein, es ist hier von einer scientia die Rede, und dabei wird von dissoluta negligentia (culpa lata) zum Unterschied von dolus sens. str. gesprochen. Aber der

Schein verschwindet, wenn man weiß, welche Art der Gewißheit beim dolus vorkommt. Der Sinn der L. 29. ist in kurzem dieser: Hatte der debitor gezahlt, oder hatte er eine andere Einrede, so mußte er seinen Bürgen davon unterrichten. That er dies nicht, und der Bürge schützte nun die Einrede nicht vor, sondern zahlte oder wurde verurtheilt; so bleibt ihm sein Anspruch unverloren, und von einer Nachlässigkeitsschuld, weil er sich nicht erkundigt hatte, kann gar nicht die Rede sein 1). Nur, wenn er es vorher wußte, wird er verantwortlich, und ob er die Vorschützung absichtlich und mit dem Bewußtsein, der Schade werde für den Andern erfolgen, unterließ, oder ob er sich hier eine Nachlässigkeit, durch Versäumung der rechten Zeit, zu Schulden kommen ließ, oder aus Leichtsinn handelte, indem er die Sache ohnehin für gesichert genug hielt, darauf kann nichts ankommen. Denn dies Versehen ist immer von grober Art, eine wahre culpa lata, da er ja die Gefahr so gut kannte und wußte, daß man dergleichen nicht ungestraft versäumen dürfe, denn das weiß ja ein jeder. Es liegt auf allen Fall eine Art von fraus darin, diese Gefahr in einer fremden Angelegenheit so wenig zu beachten 2). So weit der Inhalt des

---

1) S. auch L. 8. §. 7. D. eod.

2) Die Worte: dissoluta enim negligentia prope dolum est, sagen nicht etwa, es sei hier bloß dissoluta negligentia denkbar, sondern mit dem vorhergehenden Satz zusammen: es ist hier immer dolus vorhanden, denn es war hier entweder böse Absicht (dolus sens. str.) oder dissoluta negligentia vorhanden, beide aber sind dolus s. lat. — Es ist damit gerade so wie mit dem in L. 8. §. 8. D. eod. beurtheilten Falle: Si hi, qui pro te fideiusserant, in maiorem quantitatem damnati, quam debiti ratio exigebat, *scientes et prudentes* auxilium appellationis omiserunt, poteris, mandati agentibus his, aequitate iudicis tueri te. Igitur, si ignoraverunt, excusata ignorantia est, si sciverunt, incumbebat eis necessitas provocandi. *Caeterum dolo versati sunt, si non provocaverunt.* Quid tamen, si paupertas eis non permisit? excusata est eorum inopia; sed et si testato convenerunt debitorem, ut si ipse putaret,

Gesetzes. Um unsern Begriff von dolus im eigentlichen Sinn damit zu vereinigen, darf man nur zwischen einer der Schaden bringenden Handlung vorhergehenden Kenntniß der Gefahr und einer im Augenblick der Handlung vorhandenen Kenntniß des gewiß bevorstehenden schädlichen Erfolgs unterscheiden. Dolus verlangt, wie gesagt, die letztere Kenntniß; im Fall der L. 29. gehört zum eigentlichen dolus, daß man in der Zeit, wo die Einrede entgegengesetzt werden muß, es unterläßt, indem man weiß, das werde den debitor um sein Geld bringen, ihm aber diesen Schaden gönnt, oder sich einen Vortheil zu Wege zu bringen denkt. Culpa lata dagegen setzt bloß Kenntniß der nahe drohenden Gefahr und der Mittel voraus, durch welche sie abgewandt werden kann, oder daß man um diese Kenntniß zu verläugnen, sich auf eine unerhörte Unwissenheit berufen müßte: der einzige Fall der Verantwortlichkeit, der unter den Voraussetzungen der L. 29. außer dem wahren dolus noch vorkommen konnte. Wußte man also nicht mit Gewißheit, daß man schaden würde, handelte man also nicht in der Absicht zu schaden, so war kein dolus vorhanden. Der animus nocendi in diesem Sinne, das Wollen des schädlichen Erfolgs (wenn auch nicht um seiner selbst willen), der Vorsatz zu schaden, das wissentliche Schaden, ist also das wahre unterscheidende Merkmal des dolus s. str.

§. 21.

Dagegen unterscheidet sich die culpa lata von anderer culpa

---

appellaret, puto rationem eis constare. Das Wissen und Nichtwissen geht auch hier auf die theilweise Nichtschuld. Wußten die Bürgen, heißt es, daß sie wider Recht auf mehr verurtheilt wurden, als die Schuld wirklich betrug, und provocirten nicht, setzten auch den Schuldner nicht in den Stand, selbst zu provociren, so handeln sie immer dolo (sie mögen nun eine besondere böse Absicht dabei haben, oder sich einer dissoluta negligentia schuldig machen); wußten sie es dagegen nicht, so kann ihnen auch gar kein Vorwurf gemacht werden.

in der That durch die Nothwendigkeit der Kenntniß von der Gefahr und den Mitteln ihr vorzubeugen. Zu diesem Resultat, denke ich, führen die bekannten Stellen, worin die culpa lata definirt wird.

L. 213. §. ult. D. de V. S. Ulpianus lib. 1. Regularum.

Lata culpa est nimia negligentia, id est, non intelligere, quod omnes intelligunt.

L. 223. eod. Paulus lib. 2. Sententiarum.

Latae culpae finis est, non intelligere id, quod omnes intelligunt.

Das Merkmal der culpa lata ist der Vorwand, nicht zu wissen, was alle wissen, nicht zu sehen, was jedermann sieht: wo dieser gebraucht werden müßte, um sich Entschädigungsansprüchen zu entziehen, da ist culpa lata vorhanden. Löhr[1]) will diese Ausssprüche bloß auf die in tit. de iuris et facti ignorantia vorkommende Unwissenheit beziehen, weil in L. 9. §. 2. eius tit. ähnliche Ausdrücke vorkommen, allein weder die Stelle, welche jene Fragmente in der Justinianeischen Compilation einnehmen, noch die Inscriptionen derselben, noch die Worte, welche offenbar die culpa lata, nicht jene ignorantia supina bloß, bestimmen sollten, vertragen sich hiermit. Die Aehnlichkeit der Ausdrücke kann aber um so weniger auffallen, da es mit der

---

1) Er drückt sich darüber so aus: „Als einen zweiten Vermuthungsgrund gibt man noch an non intelligere, quod omnes intelligunt. Dieses gehört wahrscheinlich gar nicht hieher, da wir in einem Falle, wo gar nicht von widerrechtlichen Handlungen, also auch nicht von culpa in unserem Sinne die Rede ist, schier denselben Ausdruck wiederfinden. Uebrigens würde, wenn man diese vage Erklärung hier gelten lassen will, es am natürlichsten sein, hierunter gerade non adhibere diligentiam, qualem nostris rebus adhibemus zu verstehen." Aber warum denn das? etwa darum, weil ein jeder immer und allemal im Fremden sieht, was er gewöhnlich im Eignen sieht? Die Bestimmung ist auch in der That nicht vager, als hier alle übrigen sind, wenn man nur nicht gerade alles hier auf die Vermuthung einer Wissenschaft reduciren will.

Zurechnung in beiden Lehren in der That sehr ähnliche Bewandtniß hat. Bei jener ignorantia ist es gar zu große Sicherheit gegen Gefahr des eigenen Verlustes, bei unserer culpa lata gegen Gefahr fremden Schadens, was das grobe Versehen ausmacht: niemand darf sich wie ein homo deperditus et nimium securus 1) betragen, sonst muß er dafür büßen: die nimia securitas, crassa, summa negligentia gehen hier immer auf eins hinaus, auf die durchaus verwerfliche Entschuldigung, man habe nicht gewußt, nicht gesehen, nicht gemerkt, was sonst allen im Lande bekannt zu sein pflegt, und auf die Regel: cui facile est scire, ei detrimento esse debet ignorantia sua, der Nachtheil mag ihm nun unmittelbar in seinen eigenen Sachen, oder mittelbar in fremden dadurch fühlbar werden, daß er den Andern entschädigen muß.

Alle culpa, außer dem dolus, welcher den Schaden will, hat es mit einer Gefahr zu thun, die durch Fleiß und Aufmerksamkeit vermieden werden kann. Daß man diese Gefahr kannte, beweist noch nicht den Willen zu schaden. Das Höchste ist hier immer, die Gefahr selbst herbeigezogen zu haben, aber auch dies ist nicht nothwendig dolus; denn es konnte ja bloß geschehen, um sich einen ungebührlichen Spaß zu machen und dem Andern Furcht einzuflößen, z. B. wenn man sich von einer Anhöhe auf einen Vorübergehenden hinabstürzt, oder man könnte zu seinem Vergnügen einen Versuch machen wollen, ob es nicht dennoch gut ginge: das darf man wohl auf eigne, aber nie auf Andrer Kosten thun; solcher lusus perniciosus, wie es in L. 50. §. 4. de furtis cit. heißt, ist aber nicht dolus, sondern culpa lata. Dasselbe gilt, wenn man die wohlbekannte Gefahr aus übergroßer Bequemlichkeit oder Unachtsamkeit hereinbrechen ließ; endlich gilt dasselbe, wenn man zwar in dem Augenblick, da die Gefahr da war, diese wirklich nicht bemerkte, aber dieselbe doch so augenscheinlich war, daß wohl jeder Andre sie

1) L. 3. in f. D. de iuris et facti ignor.

bemerkt haben würde, oder indem man die Gefahr gewahr wurde, doch die Mittel, sie zu umgehen, unbemerkt ließ, indem sie keinem Andern sonst entgangen sein würden. Dies alles faßt der Römer mit dem Ausdruck culpa lata zusammen. Alles Uebrige ist entweder dolus oder culpa levis. Nur ist hier auch zweierlei wohl zu bemerken.

§. 22.

Einmal, jede culpa lata ist dolus im weitern Sinn, denn sie setzt immer etwas Verwerfliches, etwas Schlechtes in der Gesinnung voraus. Dies Schlechte liegt zwar nicht darin, daß man, wie beim dolus i. e. S., den Schaden eines Andern verlangt, aber doch darin, daß man gegen den Schaden Anderer in hohem Grade gleichgültig sein muß, um sich so vergehen zu können. Ein gewissenhafter Mann wird schon, weil er sein und der Seinigen Bestes liebt, in eignen Angelegenheiten nicht blindlings der Gefahr trotzen, oder sie leichtsinnig vernachlässigen, um so mehr also ist es gewissenlos, in fremden Angelegenheiten sich so gröblich zu vergehen 1). Wenn daher auch der, welcher eine culpa lata begeht, nicht in dem Augenblick des Handelns auf Arges sinnt, so ging seiner Handlung doch stets eine Gemüthsverfassung vorher, welche nimmer entschuldigt werden kann, und es kann nie anders als billig sein, daß er und kein Andrer die üblen Folgen tragen müsse. In diesem Verstande ist also fraus und dolus mit jeder culpa lata verknüpft.

Sodann zweitens, eine leichte Schuld kann dadurch einer groben gleich werden, daß sie so in eignen Sachen nicht vorzukommen pflegt, oder, mit andern Worten, wenn man gleich dem Nachlässigen nicht vorwerfen kann, daß er sah, was und

1) Das heißt immer in der Regel, denn ohne Zweifel gibt es Ausnahmen, in denen die Moral und das Gewissen einen andern Ausspruch thun, aber solche seltene Fälle kann das Recht nicht beachten, am wenigsten das Privatrecht, in dem doch am Ende nur die Hauptfrage ist, wer soll den Schaden tragen?

wie es zu vermeiden war, oder, daß er blind war für Dinge, die sonst jeder sieht, so ist er doch eben so verantwortlich, wenn er nachlässiger in fremden Sachen war, als er es in eignen Angelegenheiten zu sein gewohnt ist. Der Grund, weswegen ein solches, wenn auch an sich noch so leichtes Versehen, dem gröbsten juristisch gleichstehen muß, kann kein andrer sein, als weil auch hieraus eine im Allgemeinen verderbte Gesinnung, ein dolus im weitern Sinn des Wortes hervorgeht. Es ist unverkennbar, daß die Römer durchgängig mehr Fleiß in fremden Angelegenheiten verlangten, als einer in den seinigen anzuwenden pflegt, vorausgesetzt, daß er in diesen nachlässig war, es ist also nicht zu verwundern, wenn sie es als ein Zeichen einer recht unredlichen, wirklich fraudulenten Gesinnung ansahen, wenn jemand in fremden Sachen gar noch nachlässiger und sorgloser, als in den seinigen zu Werke ging, und, mich dünkt, jeder Wohldenkende wird auch noch jetzt ihrer Meinung sein. Dies ist denn nun das, was man allenfalls culpa in concreto nennen kann, was aber unter den Händen Vieler zu einem kleinen Ungeheuer geworden ist, welches gegen alle gute Zucht und logische Ordnung sich auflehnt.

§. 23.

Eine genauere Prüfung nach den darüber vorhandenen Gesetzstellen ist unumgänglich nöthig, wird sich aber bequemer unten anstellen lassen. Hier sei es mir erlaubt: einmal vorläufig als ausgemacht anzunehmen, daß die sogenannte culpa in concreto als grobe Schuld angesehen werde und den Wirkungen nach dem dolus gleichstehe. Jetzt nur noch, ehe wir zur culpa levis übergehen, eine alle culpa lata betreffende Reflexion. Man hat sehr früh und bis auf die neueste Zeit herab von einem dolus praesumtus bei der culpa lata gesprochen; einer hat dies Lied dem andern nachgesungen, ohne recht zu wissen, was man denn dabei denke. Die Römer haben nie ein Wort davon gesagt und diese Erfindung der Glossatoren ist auch ohne allen Werth.

Jede gröbliche Schuld ist, wie schon erwähnt worden, im weitesten Sinn dolus; es setzt im Allgemeinen etwas Frivoles oder Erbärmliches in der Gesinnung und im Willen voraus, bei fremden Sachen, die, wenn sie in unsern Händen sind, doch wenigstens nicht mit Geringschätzung behandelt werden dürfen, unmäßig nachlässig zu sein 1), oder sie, was Sorgfalt und Aufmerksamkeit betrifft, unsern eignen nachzustellen. Ein dolus im engern und eigentlichen Sinn ist aber aus jedem dieser Gründe gar nicht vorhanden, kann auch nimmermehr präsumirt werden; aber jene allgemeine Frivolität der Gesinnung hat im Privatrecht dieselben Wirkungen, welche die beim dolus s. str. vorkommende besondre bösliche Absicht hat, und die Unterschiede liegen hier bloß in den Begriffen, welche dann aber auch durchaus gesondert sind, und die Ideen von einem fingirten oder präsumtiven dolus können nur dazu dienen, diese wieder zu verwirren und durch einander zu wühlen. Bei der culpa lata in abstracto ist es zureichend, daß man dem unrechtmäßig Handelnden, welcher sich auf ein Nichtwissen beruft, und die bestimmte Absicht, des ihm wohlbewußten schädlichen Erfolgs ungeachtet, dennoch zu

---

1) *Lud. Charondos πεὶθανων* lib. 3. cap. 9., und *Connanus* Comment. iur. civil. L. VII. c. 4. No. 7. nennen die culpa lata nicht übel *quaesita* negligentia, denn in der That nur durch frühere wohlbewußte Verschuldung des Willens kann eine Stimmung möglich werden, in der man sich so vergißt; dagegen setzt der Ausdruck affectata negligentia oder improvidentia, wie *Cagnolus* ad L. 23. de R. J. (Venet. 1559) sich ausdrückt, schon eine falsche Vorstellung voraus. *Brückner* de culp. quae concr. tal. zeigt hier, wie gemeiniglich, eine schwache Nachgiebigkeit gegen einmal herrschende Irrthümer: die L. 226. D. d. V. S. und L. 1. §. 3. D. de O. et A. sagten freilich ganz allgemein, daß culpa lata immer dolus mit sich führe; allein dies sei doch eigentlich unvernünftig, denn wenn einer gewöhnlich in suis negligentissimus sei und in alienis nun einmal auch, so sei dabei doch nicht an dolus zu denken; dergleichen Klügelei rührt offenbar von dem ersonnenen dolus praesumtus her, durch den man sich hier einmal das Wasser getrübt hatte.

handeln, nicht eingestehen will, vorwerfen kann, er habe also nicht gewußt, was sonst alle wußten. Dabei kann wohl sein, daß eine Möglichkeit oder eine leichte Wahrscheinlichkeit bleibt, daß er die Folgen wirklich vorhergesehen: eine bloße Möglichkeit kommt aber juristisch gar nicht in Betracht und ist die Wahrscheinlichkeit so groß, daß sie als juristische Wahrheit zu betrachten ist, so ist wahrer dolus anzunehmen 1), sonst aber gilt sie nicht mehr denn bloße Möglichkeit. Die culpa in concreto erfordert nichts mehr, als daß einer in fremder Angelegenheit unfleißiger gewesen, als er es in eignen zu sein pflegt. Dies ist immer schlecht. Es kann aber dabei wohl sein, daß er gerade in dem vorliegenden Fall sich bewußt war, sein verkehrtes Benehmen müsse die schädliche Folge für den Andern haben. Im Grunde ist dies nicht einmal mehr Nachlässigkeit; ist es aber erwiesen, so ist dies wahrer dolus und es bedarf keiner Präsumtion. Ist es aber nicht dargethan: so kann es auch nicht beachtet werden; auch ist es im Privatrecht nicht nöthig, mit einer solchen Verabsäumung gleiche Wirkungen zu verbinden, welche ein eigentlicher dolus zur Folge hat. Dieser ganze fingirte dolus (denn so gut wie fingirt muß er am Ende sein, wenn man nicht etwa gegen die klarsten Texte noch einen Beweis des Gegentheils zulassen wollte) ist also selbst eine leere Fiction und als durchaus sinnverwirrend aus dieser Lehre ganz zu verbannen.

§. 24.

Nachdem die Begriffe von dolus und culpa lata ausgemittelt worden, ist jetzt von der culpa levis im Obligationenrecht zu reden. Es ist bekanntlich großer Streit darüber, ob diese,

---

1) Daher haben auch einige Juristen behauptet, aller dolus sei dolus praesumtus, weil aller dolus nur aus Judicien oder Präsumtionen erkennbar sei; als Einwand gegen die gewöhnliche Unterscheidung wäre dies zu billigen gewesen.

wie Donell und mit ihm die meisten Neuern annehmen, das Aeußerste der culpa überhaupt umfaßt, oder ob es noch außer ihr einen dritten Grad der culpa mehr gebe. Was man über diesen dritten Grad ehemals fabelte und ehemals als gemeine Meinung anzusehen war, es aber nicht mehr ist, seitdem Thibaut die fast vergessene Donellsche Theorie wieder ans Licht zog, kann man wohl mit Recht als völlig widerlegt ansehen, und man müßte aller Gerechtigkeit feind sein, wenn man den neuesten Schriftstellern ihr Verdienst, die widerlegenden Argumente geschärft und gehäuft zu haben, schmälern wollte. Es kommt mir aber auch in dieser Abhandlung nicht zu, dasselbe zu würdigen, da ich nicht die Absicht habe, alles vollständig zusammen zu stellen, was sich über culpa sagen läßt, auch wenn es Andre schon, nach meinem Dafürhalten, gut genug früher gesagt haben. Nur Einiges, was, wie ich glaube, auch in Betracht dieses Punktes zu mehrerer Gewißheit und Aufklärung führen kann, sei mir erlaubt, hier anzuführen.

Man hat sich bisher fast immer mit negativen Beweisen beholfen und dann nur gesucht, die Schwierigkeiten zu heben, welche einzelne Gesetzstellen der Theorie, welche zwei Grade der culpa annimmt, entgegen zu setzen schienen. Allerdings muß auch jede Theorie der culpa erst dadurch recht erprobt werden, daß sie alle oder doch die meisten Knoten löst, welche, durch Vergleichung so zerstreuter Fragmente, jedem unter den Händen entstehen. Allein Vortheil muß es doch bringen, einen positiven Beweis aufzufinden. Ich glaube, daß er mit dem, was oben über die Aquilische culpa gesagt worden, gefunden ist. Eine eigne Stelle hervorzuziehen, worin geradezu gesagt würde, es gebe nur zwei Grade der culpa, nicht etwa drei, ist freilich unmöglich, schon allein darum, weil, wie ich fest glaube, hierüber nie unter Römischen Juristen Streit gewesen, und von dem Streit der unsrigen mochten sie wohl keine Vorahnung haben; aber von wie vielen Sätzen des Römischen Rechts gilt es nicht, daß sie erst aus dem Zusammenhang des Ganzen gleichsam heraus-

gelockt werden müssen, indem doch dann dieser einmal erkannte Zusammenhang Voraussetzungen als nothwendig darstellt, welche die Römer nicht aussprachen, eben weil sie sie als bekannt und nothwendig voraussetzten. Auch hier genügt es zu einer voraus gehenden allgemeinen Ueberzeugung, welche freilich die sorgfältigste Prüfung des Einzelnen nicht unnütz, sondern erst recht nütze machen soll, zu wissen, daß die Römer, wie oben ausführlich gezeigt worden, bei der Aquilia das Aeußerste der Sorgfalt erforderten, und alle juristisch denkbare Imputation zuließen, und dennoch nur das in dieses iudicium aufnahmen, was auch die Trichotomisten unter der culpa levis, ihrem zweiten Grad verstehen, nämlich den Fleiß, welchen gemeinhin ein fleißiger Hausvater anzuwenden pflegt, nirgends aber Auszeichnung vor diesem. Dies wäre consequenter Weise undenkbar, wenn sie nicht überhaupt angenommen hätten, nur das, was gewöhnlich ein solcher Hausvater zu leisten pflegt, sei der Zurechnung unterworfen und nichts mehr. Das kann also auch bei den obligationes nicht anders gewesen sein. Daß man aber dieser doch in der That so sehr natürlichen Vorstellungsart so lange nicht hat Gehör geben wollen, daran ist außer den bekannten Stellen, welche zu dieser Beharrlichkeit im Irrthum verführten, vielmehr auch noch das Vorurtheil schuld, daß man sich die diligentia diligentis patrisfamilias viel zu gering dachte. Man war hier einmal auf die Vorstellung eines mittelmäßigen, eines gemeinen Fleißes verfallen, und dachte dabei an etwas Vulgäres, etwas dem großen Haufen Eignes, vor dem es eben nicht so gar schwer sei, sich auszuzeichnen, und wovon es also auch in der Erfahrung eine Menge Ausnahmen gebe. Allein dies stimmt nun mit der Ansicht der Römer gar nicht überein. Ein tüchtiger, ein fleißiger Mann, ein diligens, bonus, studiosus patersamilias, („qui sobrie et non sine exacta diligentia rem suam administrat") war ihnen ein solcher, der seinen Geschäften und seinem Betriebe durchaus gewachsen war und in seinem Wirkungskreise auf Ordnung hielt. Was nun ein solcher durchweg an Fleiß

zu leisten im Stande war, und daher zu leisten pflegte, das wurde auch von jedem meistens verlangt, sobald fremde Sachen oder ein fremdes Interesse ins Spiel kamen, und dies war nicht wenig. Dem Besten kann es freilich in fremden so gut, als in eignen Angelegenheiten wiederfahren, daß er einmal sich gehen läßt, und durch ein kleines Versehen Schaden anstiftet, aber dann ist auch nichts billiger, als daß er diesen Schaden selbst tragen muß. Also auch das Kleinste, was durchgängig dem Fleißigen, dem Achtsamen nicht wiederfährt, darf hier nicht hingehen. Sodann muß jeder, der sich in Geschäfte mit Andern einläßt, diese verstehen und gibt er sich z. B. mit Ausübung einer Kunst ab, so muß er gerade die Geschicklichkeit, gerade die Genauigkeit anzuwenden haben, welche diese Kunst erfordert, und sie auch wirklich anwenden. Thut er dies, so thut er nichts weiter, als seine Pflicht, und nichts mehr und nichts minder, als gemeinhin jeder tüchtige Mann thun würde, denn kein tüchtiger Mensch im Zustande der Besonnenheit gibt sich mit Dingen ab, von denen er einsehen kann, daß er sie nicht verstehe, oder treibt Dinge mit einem mittelmäßigen Grade von Aufmerksamkeit, die den höchsten erfordern. Es ist also auch kein kleiner Irrthum, obgleich er sich leicht einschmeichelt und viele ihm daher auch Gehör gegeben, daß bei sehr feinen Arbeiten, welche besonderes Talent und vorzügliche Accurateſſe erfordern, die culpa einen andern Charakter annehme; da doch auch hier jedes Versehen, welches der Vorwurf nicht trifft, man habe nicht gesehen, was sonst jeder sieht, sondern nur der, nicht gesehen zu haben, was ein Fleißiger sieht, culpa levis, und das Gegentheil immer nur diligentia diligentis patrisfamilias ist, eben weil der tüchtige Mann als solcher immer thut, was er soll, und nur das unterläßt, was in der Regel keinem zugerechnet werden kann; wer würde aber z. B. den einen fleißigen Mann nennen, der ein äußerst künstlich verfertigtes Uhrwerk zu repariren übernommen, und nun daran etwas verdarb, weil er nicht alles aufbot, was die Kunst und Aufmerksamkeit eines geschickten

Uhrmachers in solchen Fällen zu vermögen pflegt 1). War er kein solcher, so betrug er sich doch wie ein untüchtiger Mensch: und meistens wird das sogar culpa lata sein, da doch wohl ein jeder bis auf einen gewissen Punkt seine Kräfte kennen wird 2). Wie oft heißt es im tit. de Lege Aquil., und anderswo, daß Schwäche und Ungeschick, wenn man sich einem Dinge unterzog, zu dem Stärke und Talent gehören, selbst culpa sei. Nur wenn er leistete, was geschickte Künstler zu leisten pflegen, hat er sich als ein fleißiger, besonnener Mann betragen, und wiederfährt ihm nun dennoch etwas Menschliches, was sich vielleicht durch einen Grad der Anstrengung oder des Genies, welcher unter tüchtigen Menschen dieses Fachs ungewöhnlich ist, hätte vermeiden lassen, so kann er deshalb auf keine Weise in Anspruch genommen werden. Daher kommt es denn, daß, wie schon von Andern angeführt worden, auch da, wo ausgemacht das Aeußerste zu prästiren ist, dennoch nur von dem Fleiße, der einem homo diligens gewöhnlich, die Rede ist. Wir haben aber auch eine ganz besondre Stelle im Corpus iuris, wo bei einer sehr ähnlichen Gelegenheit, die unter Umständen, nämlich, wenn ein *procurator* ein indebitum bezahlte, sogar hierher gehört, recht klar und deutlich gesagt ist, wie hoch die Römer ihren diligens paterfamilias anschlugen: es ist

L. 25. D. de probat. Paulus lib. 3. Quaestionum.

Cum de indebito quaeritur, quis probare debet, non fuisse debitum? Res ita temperanda est, ut si quidem is, qui accepisse dicitur rem, vel pecuniam indebitam, hoc

1) *S. nur L. 9. §. 5. D. locati.

2) Was hier gesagt ist, gilt allemal, wenn aus irgend einem Grunde die Sache eine vorzügliche Aufmerksamkeit erheischt, z. B. eine leicht zerbrechliche Sache soll fortgeschafft werden; L. 24. §. 7. D. locati, kann also auch nicht, wie so Viele wollen, etwas Eigenthümliches nach der Natur des Falles über die Prästation enthalten, und der Zusatz: culpa autem abest, si omnia facta sunt, quae diligentissimus quisque observaturus fuisset zeigt deutlich, daß der Miethcontract das Aeußerste des Fleißes verlange.

negaverit — — Sin vero ab initio confiteatur quidem suscepisse pecunias, dicat autem, non indebitas ei fuisse solutas, praesumtionem videlicet pro eo esse, qui accepit, nemo dubitat. Qui enim solvit, nunquam ita resupinus est, ut facile suas pecunias iactet, et indebitas effundat, et maxime si ipse, qui indebitas dedisse dicit, *homo diligens est, et studiosus paterfamilias, cuius personam incredibile est in aliquo facile errasse.*

Hatte der Empfänger sich nicht schon vorher durch Läugnen verdächtig gemacht, so soll die Nichtschuld bei einem gewöhnlich fleißigen und achtsamen Manne nicht präsumirt werden, denn ein solcher Mann sei zu Hause in dem was er treibe, man könne also auch nicht leicht einen Irrthum annehmen 1). Hier wo nicht von Schadensersatz, sondern nur von Erstattung des unrechtmäßig Empfangenen die Frage war, konnte freilich von einer eigentlichen Schuld nicht die Rede sein, und Beweis und nach §. 1. schon Rusticität hoben hier jene Präsumtion 2)

1) Nur *Vollenhove* de suspect. tutor. et curat. Lugd. Batav. 1732. (*Oelrich* thes. nov. V. 1 no. 3.) stutzte bei dieser Stelle, er hilft sich aber mit dem gewöhnlichen an die Saturnia sancta Dearum erinnernden Mittel: diligens et studiosus stehe hier gerade wie in L. 25. §. 16. famil. hercisc., und L. 6. §. 12. D. de negot. gest. (eine alles verwirrende Zusammenstellung) für diligentissimus et studiosissimus, und bezeichne also den dritten Grad der diligentia, das gehe ja sonnenklar aus den folgenden Worten: cuius personam incredibile est in aliquo facile errasse, hervor. Es sei hier eine Steigerung vom mittleren Grade zum dritten. Die Worte: qui enim solvit — effundat gingen auf die zweite Stufe, denn wollte man sie der negligentia lata zuschreiben, so würde hier auch der rusticitas nicht zu vergeben sein, worüber doch nur L. 2. C. de in ius vocando nachzusehen sei. Solche Meinungen sind, wie Träume, unwiderleglich.

2) Es lag hier eigentlich eine doppelte Präsumtion zum Grunde, 1) die unten vorkommende, daß jeder ein diligens paterfamilias sei, und 2) daß dieser nicht das Mindeste versehen wird; und das Endresultat aus beiden ist: praesumtionem pro eo esse, qui accepit, nemo dubitat, et ideo eum, qui dicit indebitas solvisse, compelli etc. Es muß dies als Regel gelten,

auf, aber sie bestand doch, lediglich weil einem tüchtigen Manne nicht leicht ein Fehler entschlüpfen kann. Wo von wahrer Schuld, die nur in fremden Sachen begangen werden kann, die Rede ist, da kann Rusticität nicht entschuldigen, und ein Mensch aus dem Haufen darf sich nur mit solchen Sachen abgeben, die auch der gemeine Mann zu treiben pflegt, weil er Einsicht genug dazu hat und die auch der Simpelste ohne Gefahr unternehmen kann, und thut er in solchen Geschäften was er soll, so gerirt er sich darin als paterfamilias diligens, und thut er es nicht, so ist er eben darum verantwortlich, weil er sich als ein Untüchtiger gezeigt und nicht den Fleiß eines homo diligens et studiosus angewandt hat. Alles ist hier also auf die diligentia diligentis zu reduciren, und diese sowohl als ihr Gegentheil, die culpa levis, umfassen das Aeußerste der Imputation, ohne daß aber beide mit diesem Extrem im Begriff eins und dasselbe sind, und also culpa levis und culpa levissima, so wie diese in L. 44. D. ad Leg. Aquil. vorkommt, ganz und gar zusammen fallen.

§. 25.

Vor nichts in der Welt muß man sich nämlich hier mehr hüten, und in der That haben dies die Neuern auch ziemlich zu vermeiden gewußt, als sich eine logische Nothwendigkeit zu denken, weswegen es so und so viel Grade der culpa geben müsse, und nicht mehr und nicht weniger geben könne: so könnte man hier etwa an ein paar Enden und ein Mittel denken, das eine Ende wäre die culpa lata, das andre die culpa levissima, das Mittel die culpa levis. Dies braucht zur Warnung nur berührt

---

weil, wenn in specie erhellte, daß der qui solvit ein diligens paterfamilias sei, es gelten müßte, daß aber eine solche species vorhanden sei, immer präsumirt wird. — Daß hier die (zu erweisende) Rustiticität u. s. w. entschuldigt, bei andern Versehen nicht, ist ganz natürlich, da die Zahlung nichts Freiwilliges ist, sich in Geschäfte einzulassen, oder nicht, aber sonst von jedem abhängt.

zu werden 1), aber man hüte sich überhaupt Grade und Extreme für eins zu halten, oder sich einen Grad als etwas einfaches zu denken. Jeder Grad hat Abstufungen, und sein Aeußerstes ist nur denkbar, aber nicht materiell zu bestimmen. So gibt es in dem, was wir oben unter culpa lata, nach dem Beispiel der Römer, zusammengefaßt haben, ohne Zweifel wieder mehrere Untergrade. Wie sollte es nicht eine gröbere Schuld sein, wenn einer die Gefahr muthwillig selbst erst schuf, die er nachher nicht zu überwinden vermochte, und so mit Andrer Wohl und Weh ein loses Spiel trieb, als wenn einem höchst accuraten Manne in fremden Sachen ein sehr leichtes Versehen entwischte, was in seinen eignen Angelegenheiten ihm nicht vorzukommen pflegt? Beide Verschuldungen aber gehören den Wirkungen nach im Privatrecht zu Einem Grade. Auch der dolus hat Stufen: denn wer kann es bezweifeln, daß der, welcher aus bloßem Neide, aus reiner Schadenfreude handelt, schändlicher verfährt, als wer, selbst bedürftig, zu eignem Vortheil dem Andern schadet? Aber Extreme kann das weder nach oben noch nach unten abgeben, denn es läßt sich wieder in der Schadenfreude, in der Frivolität, in der Gewinnsucht, im Uebermuth ein größerer oder geringerer Grad der Verwerflichkeit denken, und wo ist denn hier das Oberste und das Unterste? Denkbar ist hier allerdings ein solches Aeußerste, aber nicht zu bezeichnen. So auch bei der culpa levis. Wo die culpa lata aufhört, da ist ihr Extrem nach oben, wo die Imputation aufhört, ihr Extrem nach unten. Dies letztere wird, wie wir oben gesehen haben, in L. 44. ad

1) Es wäre dies gerade in demselben Geiste, worin *Salicetus* ad L. 32. D. depos. die culpa levis wieder in levis, levior und levissima eintheilt, „nam inter superlativum et positivum est medium necessarium, scilicet comparativus.“ Er gibt aber doch zu, daß die Gesetze nicht so spitzfindig waren: tamen de ista culpa media, quam leviorem appellamus, non curaverunt legislatores specialiter disponere.“ Man sollte denken, daß dieser scholastische Aberwitz nunmehr von unsern Lehrstühlen, wie aus unsern Schriften gänzlich verbannt sei.

L. Aquil. culpa levissima genannt: dieſe gehört alſo als Endpunkt aller culpa zur culpa levis, und macht alſo keinesweges einen Grad für ſich aus; niemand iſt auch im Stande, auf dieſen Punkt mit der Fingerſpitze hinzuweiſen, ſondern es muß dem Richter in zweifelhaften Fällen die Beurtheilung überlaſſen werden, ob der Fall noch zur culpa oder ſchon zum casus gehöre. Endlich gibt es vor dieſem Aeußerſten hinaufgerechnet noch viele Grade des Unfleißes, welche noch immer nicht culpa lata ſind, bei denen immer noch, nicht Frivolität, nicht unerträgliche Unwiſſenheit, ſondern nur das in höherem oder geringerem Maaße zum Vorwurfe gemacht werden kann, daß man nicht wie ein diligens verfuhr, und die zu unterſcheiden daher im Privatrecht gar kein Intereſſe weiter hat, indem ſie juriſtiſch alle als ein Grad, als culpa levis, angeſehen werden 1).

§. 26.

Nach dieſer Erörterung nehmen wir den Faden wieder auf. Aus der Natur der Aquiliſchen culpa und ihrem Verhältniß zur Imputation überhaupt folgt, wie wir geſehen haben, durch einen reinen Schluß, daß Zurechnung nach Römiſcher Vorſtellung überall nicht, alſo auch nicht bei obligationes über den Fleiß eines ordentlichen Hausvaters, mithin nicht über die culpa levis hinausgehen könne. Wir haben oben gezeigt, wie ſehr dies der Natur der Sache und den Anſprüchen, welche Menſchen gemeinhin an einander machen und billiger Weiſe machen können, gemäß ſei: ein gleiches aus gleichen Gründen gilt aber auch dann, wenn die Verbindlichkeit zur Achtſamkeit und zum Fleiß aus einer obligatio entſprang. Auch hier kann die Auszeichnung nur

1) Ich würde dieſe Deduction gern ganz erſpart haben, weil gewiß jeder Leſer denken wird, er würde wohl von ſelbſt darauf verfallen ſein; im Allgemeinen werden aber diejenigen gefälliger denken, welche ſich einmal durch die verſchiedenen Anſichten und Raiſonnements über dieſe Materie hindurch gearbeitet haben.

durch hervorstechendes Talent, peinliche Aengstlichkeit oder ungewöhnliche Anspannung 1) entstehen. Das erstere hier zu verlangen,

---

1) Es ist kein unebener Ausdruck, wenn *Nisetus* D. de culpa Argent. 1675. §. 26. eine solche Auszeichnung (versteht sich, ohne Scherz) diligentiam *vehementissimam* nennt. *Schacher* D. de culpa. Lips. 1655. th. 3. meint, sie sei Sache der Leute, qui pro reliquis sapiunt (und doch verlangt er sie?), und dann doch wieder einerlei mit dem, was sonst (im tit. de iuris et facti ignor.) delatoria curiositas et scrupulosa inquisitio heiße. Hätten sich gescheidtere Leute eben so offenherzig darüber Rechenschaft gegeben, was sie denn eigentlich verlangten bei ihrem dritten Grade, sie mögen ihn nun culpa levissima oder diligentia schlechthin, oder wie sonst, nennen, vielleicht wären sie von ihrem Irrthum genesen, oder hätten sich gestehen müssen, daß sie etwas über allen Fleiß und alle Zurechnung hinausliegendes forderten; wie z. B. *Burgundus* (de periculo et culpa) gethan hat: ihm geht die diligentia s. str. selbst über die cura diligentissimi patrisfamilias hinaus, „veluti si quis in ruina, tumultu, naufragio, incendio, cum res suas salvas facere posset, alienas praetulerit.“ Mit Beziehung auf diesen Fall ist *Brückner* (de culpa quae concretive tal.) ehrlich genug, zu bekennen: „aliquando homo in suis diligentissimus magis alienas res curare debet.“ Also da wäre denn doch wohl von Fleiß gar nicht mehr die Rede, denn wie fängt man es an, noch fleißiger zu sein, als am fleißigsten? Es ist in der That unbegreiflich, wie sonst kluge Schriftsteller hier so ganz mit Blindheit geschlagen sein konnten, indem von ihren eignen Prämissen nur noch ein Schritt dazu gehörte, den eignen Unsinn zu entdecken. So ist es *Prousteau* recitat. ad L. 23. D. de R. I. nicht genug, den dritten Grad in cap. 16. No. 12. diligentia omnimoda oder c. 11. §. 15. summa et superlativa solertia zu nennen, er nennt sie an einem andern Ort, cap. 13. Nov. 16. redundantia quaedam diligentiae, so ein rechtes Ueberströmen von Fleiß, er gibt zu (c. 7. pr.), daß dieser culpa levissima fast schon der Name culpa nicht mehr genüge („vix culpa dici potest“); ja gleich Anfangs bei der Bestimmung des dritten Grades (c. 4. No. 2.) läßt er sich vernehmen: „tertius diligentiae gradus est *proprius*, dumtaxat hominum prudentissimorum paucioribus datus, ut sint illius *compotes, nec eo possunt ascendere, nisi qui caeteros ingenio, solertia et sagacitate superant.* Man müßte also, um sich auf ein Commodat, ein Mandat, eine negotiorum gestio einlassen zu dürfen, mit einer so vorzüglichen Natur begabt sein, denn nur wer das ist, vermag, nach seiner eignen Voraussetzung, solchen Fleiß zu erreichen.

wäre thöricht, und schon darum absurd, weil die Verhältnisse, die hier vorkommen, einem großen Theile nach, zur kleinen Lebenspraxis gehören, über die sich sehr begünstigte Naturen leicht hinweg zu setzen pflegen, daher denn das Genie hier schwerlich einen Maaßstab abgeben könnte. Auch kann man zweitens einen Fehler nicht zum Gesetz machen. Was das dritte aber betrifft, so könnte es einfallen, daß hier doch einzelne concrete Verpflichtungen vorkommen können, welche gerade nur auf eine einzige

---

Aber wie hilft er sich? In cap. 7. §. 2. erklärt er den Ausdruck: si modo alius diligentior rem custodire potuerit. „Quod ita non est intelligendum, meint er, quasi nulla maior in quovis homine diligentia vel prudentia reperiri debeat, sed hoc accipiendum *ex communi diligentissimorum Patrumfamilias* usu, ut omnis abesse culpa credatur, etiam levissima, quoties omnia facta sunt, quae *unus e Prudentissimorum numero* fuisset observaturus.“ Also wenn man nun erst den Mittelschlag herausgenommen und von den Ausgezeichneten getrennt hat, so soll man nun nicht auf jeden Einzelnen derselben Rücksicht nehmen, sondern man soll nun wieder aus den Ausgezeichneten einen Mittelschlag, eine gemeine Zahl bilden, sich auch hier wieder an das Gewöhnliche halten, gleichsam eine Adelklasse bilden, und was in dieser hergebracht sei, verlangen, und mehr nicht. Das hört sich schön an, aber ich muß gestehen, daß, wenn ich als Richter dies zur Anwendung bringen sollte, ich in der größten Verlegenheit sein würde, wenn ich nicht immer so einen Ausbund von Schlauheit, unum ex numero, zur Seite hatte. Und wie verträgt sich nun dies wieder mit einer andern Aeußerung desselben Autors ibid. c. 16. No. 11., wo er die Meinung Einiger widerlegt, daß der tutor den dritten Grad zu prästiren habe: „et certe quamvis maximus sit Pupilli favor in Iure, tamen conditio publici muneris, et ipsa gerendi necessitas excusationem aliquam meretur in tutore, quantumvis rerum alienarum administratore, ne teneatur ad exactissimam Lyncei alicuius aut Enclionis Plautini diligentiam.“ Wie nahe war er hier der unwiderleglichen Wahrheit, daß Auszeichnung ins Unendliche geht, und wenn man also diese fordern will, man eigentlich das Unendliche fordert. — Will man noch einen recht alten Schriftsteller kennen lernen, der die diligentia exactissima sich außerhalb des Gebietes der culpa denkt, so lese man *Petr. Loriot.* Comm. ad D. tit. commod. No. 23. (Lugd. 1557.); ich verspreche aber keinen Trost.

Handlung gehen, z. B. der Auftrag eines einzelnen Kaufs und bei denen also eine seltene Anspannung eben nichts unnatürliches wäre. Allein theils läßt sich nicht absehen, warum der Beauftragte, welchem jemand zutrauungsvoll den Kauf vieler Sachen aufgegeben, nicht eben so sorgfältig sollte sein müssen, als der, welchem man, vielleicht nur zur Probe, einen einzelnen Handel mit einem unbedeutenden Gegenstande auftrug; theils kennt das Römische Recht auch diesen Unterschied gar nicht. Die Juristen unterschieden hier, indem sie die Contracte im Ganzen classificirten, nirgends machen sie in diesen noch wieder Abtheilungen, je nachdem die Verpflichtung nur einen actus betraf oder durch mehrere fortlief; bei allen, selbst beim Commodat aber findet gewöhnlich eine durch größeren oder geringeren Zeitverlauf fortgesetzte Thätigkeit Statt, welche sich nicht wohl, wenigstens billiger Weise nicht, mit ununterbrochener übermäßiger Anstrengung verträgt. Ja wir haben eine Gesetzstelle, welche freilich für die Trichotomie angeführt ist, aber gerade aufs klarste beweist, daß der Römer auch da, wo zur Erfüllung der gerade obwaltenden Verbindlichkeit eine einfache Handlung hinreichte, die sich wohl einmal mit vorzüglicher Anstrengung durchtreiben ließ, doch nichts mehr verlangte, als das Gewöhnliche, und nimmermehr keine Auszeichnung. Es ist

L. 137. §. 2. 3. D. de V. O. Venulejus lib. I. stipulationum:

Cum ita stipulatus sum, Ephesi dari? inest tempus: quod autem accipi debeat, quaeritur. Et magis est, ut totam eam rem ad iudicem, id est, ad virum bonum remittamus, qui aestimet, quanto tempore *diligens paterfamilias* conficere possit quod facturum se promiserit: ut, qui Ephesi daturum se spoponderit, neque duplomate diebus ac noctibus et omni tempestate contempta iter continuari cogatur, neque tam delicate progredi debeat, *ut reprehensione dignus appareat;* sed habita ratione *temporis, aetatis, sexus, valitudinis*, cum id agat, ut mature perveniat, *id est eodem tempore, quo plerique eiusdem conditionis homines solent pervenire.* Eoque transacto,

quamvis Romae remanserit, nec possit Ephesi pecuniam dare, nihilominus ei recte condicetur, vel quia per ipsum steterit, quo minus Ephesi daret, vel quoniam per alium Ephesi possit dari, vel quia ubique potest solvere, nam et quod in diem debetur ante solvi potest, licet peti non potest. Quodsi duplomate usus aut felici navigatione maturius quam quisque pervenerit Ephesum, confestim obligatus est, quia in eo, quod tempore atque facto finitum est, nullus est coniecturae locus.

§. 3. Item qui insulam fieri spopondit: non utique conquisitis undique fabris, et plurimis operis adhibitis, festinare debet, nec rursus utroque aut altero contentus esse, *sed modus adhibendus est secundum rationem diligentis aedificatoris et temporum locorumque.* — —

Wer für jemanden ein Haus zu bauen, eine Reise zu machen hat, der ist bei der Ausführung zu nichts Außerordentlichem verpflichtet, es kann ihm nicht zugerechnet werden, wenn auch eine Möglichkeit vorhanden gewesen, wie er etwa sein Vorhaben schneller hätte vollbringen können, sobald er alles aufgeboten hatte, was in seinen Kräften war; er ist frei von allem Tadel, wenn er that, was unter den gegebenen Umständen ein fleißiger Mann gethan hätte, und da in solchen Dingen die Meisten fleißig zu sein pflegen, was die Meisten gethan hätten. Auf die gegebenen Umstände, auf Zeit, Art, Gesundheit, Alter, Geschlecht u. s. w. kommt es hier allerdings an, da es eben den vernünftigen fleißigen Hausvater zeigt, daß er seine Kräfte abzumessen verstehe, daß er nicht ein gewöhnliches Werk, eine gewöhnliche Verrichtung mit schonungsloser Anspannung aller Kraft und Vergeudung seines Vermögens durchführe: er wird bedenken, daß, wenn man das Eine thut, man es so machen müsse, daß auch für das Andre etwas übrig bleibe. Darum muß er alle jene Rücksichten nehmen. Die Worte: „temporis, aetatis“ etc. sind daher nicht, wie Manche meinen, so zu verstehen, als könnten besondre Umstände eine

besondre Auszeichnung vor den Meisten und dem gewöhnlichen Fleiße nöthig machen, sondern es ist daraus abzunehmen, daß ein tüchtiger Mann von gewöhnlichem Fleiße, unter verschiedenen Umständen, mehr oder weniger sich angreifen würde, indem nicht alle Umstände gleiche Anspannung erfordern, um den Vorwurf der Trägheit und Nachlässigkeit zu vermeiden. Wer z. B. ein Geschäft an einem entfernten Ort für einen Andern auszuführen hätte, welches, damit es noch gelinge, größeste Eile erforderte, würde allerdings auch außerordentliche Mittel aufzubieten haben, um dahin zu gelangen, aber indem er dieses thäte, würde er keinen ausgezeichneten Fleiß, wenn auch vielleicht ausgezeichnete Kräfte beweisen, denn ein jeder Fleißiger würde schon, als solcher, wenn er dergleichen unternähme, dasselbe thun, jeder diligens paterfamilias würde unter solchen Umständen einsehen, daß er keine Kräfte und keine Kosten zu schonen habe, wenn er nur schlechthin seine Pflicht erfüllen wolle. Gerade so ist es hier, wie oben von einem besonders sauberen Kunstwerk bemerkt worden.

Endlich würde sich für eine solche Auszeichnung auch gar kein Maaßstab finden lassen, niemand würde in keinem Falle wissen, wie weit nun der Mann ängstlich, wie weit er talentvoll, wie weit er hätte überspannt sein müssen, wenn man nicht etwa die Sache so weit treiben will, daß schon jede entfernte Möglichkeit des Besseren Schuld sein soll. Es würde hier also an aller nothdürftigen Instruction für den Richter fehlen, und die ganze Vorschrift würde geradezu nichts sagen und aller Anwendung Trotz bieten. Ganz anders ist es mit der Bestimmung: wo nicht der gewöhnliche Fleiß eines tüchtigen Mannes angewandt worden, da ist Schuld; denn obgleich es dem speculativsten Kopfe nicht gelingen möchte, durchgreifend festzusetzen, wie weit denn dieser Fleiß im Allgemeinen gehe, da nämlich die ganze Sache auf Beobachtung beruht, so wird doch wiederum ein tüchtiger fleißiger Richter es nie an dieser Beobachtung ermangeln lassen, er wird wissen, was gewöhnlich von menschlicher

Kraft zu erwarten sei, und also in den meisten Fällen eben nicht verlegen sein, wenn er urtheilen soll, wie sich ein guter Familienvater darin würde benommen haben. Ohne Zweifel ist hier auf Volkssitte und Volksweise Rücksicht zu nehmen, denn auch nach dieser richtet sich die gewöhnliche Fähigkeit des Einzelnen, und ein türkischer Richter, der von seinen Landsleuten die Agilität eines Franzosen fordern würde, handelte eben so thöricht, als wer von einem Kranken die Stärke eines Gesunden fordern wollte: ein Abstractum von menschlicher Culturfähigkeit aber über die Culturfähigkeit des Volks und Landes, worin man lebt, hinaus, auf die culpa angewandt, halte ich für ein wahres Unding, und ein jeder wird nach reiferer Ueberlegung es dafür halten 1).

---

1) Andere Beweise aus den Gesetzen für die Dichotomie s. unt. §. 68. g. d. E., §. 80. §. 97. u. im Schlußcap. No. IV.

Viertes Capitel.

Ueber den Werth der Eintheilung in culpa in faciendo und culpa in non faciendo.

---

§. 27.

Es ist bisher ein Hauptunterschied zwischen derjenigen culpa, welche der Aquilia unterworfen ist, und derjenigen, welche bei Verträgen und ähnlichen persönlichen Verpflichtungsverhältnissen vorkommt, gemacht worden: jene bringt eine obligatio erst hervor, diese setzt eine voraus. Aber vorzüglich durch Donell, denn der Anfang ist schon älter, ist eine andere Unterscheidung gebräuchlich geworden, nämlich die zwischen culpa in faciendo und culpa in non faciendo. Fast alle Neueren gehen von dieser aus. Es bedarf aber einer sorgfältigen Untersuchung, ob diese Unterscheidung mit der obigen zusammenfalle, und wenn das nicht, ob sie für die Lehre von der culpa einen Werth habe, und es verdiene, an ihre Spitze gestellt zu werden. Zur Beantwortung des ersteren Punktes ist schon oben in Cap. 1. vorgearbeitet worden. Dort ist nämlich an mehrern Beispielen, vorzüglich durch Vergleichung mit der actio doli und der actio furti gezeigt worden, daß nicht jede positive Thätigkeit, welche Schaden bringt und zuzurechnen ist, unter die Aquilische Klage zu bringen sei, sondern, daß Verletzung der Substanz, oder was ihr gleich gestellt, dazu gehöre. Nun können ohne Frage im Obligationenrecht viele Fälle vorkommen, in welchen dadurch zugleich die obligatio verletzt wird, daß man die Substanz einer fremden Sache unrechtmäßig angreift, da denn die beiden Klagen

concurriren, aber es gibt auch viele positive (nicht bloß negative) obligationswidrige Handlungen, derentwegen man bloß die Contractsklage, nicht aber die Aquilische auf Schadensersatz anstellen kann. Ein Miterbe veräußert auf eine nachtheilige Weise gemeinsames Erbgut, das allerdings zu veräußern war, nur nahm er sich nicht dabei in Acht; wem, der jemals den Titel ad Leg. Aquil. durchgelesen, wird einfallen, daß hier die Aquilische Klage auf Schadensersatz angestellt werden könne? und doch ist dies eine besondere positive Handlung. Da, wie wir oben gesehen haben, um eine schädliche Handlung zur positiven zu stempeln, es hinreichend ist, wenn mit einer, wenn auch an sich erlaubten, Thätigkeit angefangen, aber durch eine damit in einer Folge zusammenhangende Unthätigkeit geschadet wird, ja es hinreichend ist sich irgend so zu betragen, daß aus diesem Betragen, verbunden mit nachfolgender Unthätigkeit, Schaden entstehen mußte, wie das z. B. mit dem Sklaven, der das Amt des Ofenheizens für den andern übernahm, der Fall war; so müßte, wenn alle verpflichtungswidrige Thätigkeit der Aquilia angehören sollte, bei jeder Führung fremder Geschäfte, wenn sie einmal thätig angefangen worden, sobald auch nur durch Unthätigkeit nachmals Schaden angerichtet würde, die Aquilische Klage ein zulässiges Rechtsmittel sein, ja sie müßte immer angestellt werden können, sobald die Contractsklage wegen, sei es auch durch bloßes Unterlassen angestifteten, Schadens angestellt werden könnte: denn das Contrahiren selbst ist eine Thätigkeit und wer contrahirt, tritt so gut, wie jener fornacarius, der sich an den Ofen stellte, in ein Verhältniß ein, in dem Unthätigkeit verderblich sein würde. Er nimmt durch die That es auf sich, nicht durch Unthätigkeit Unheil zu stiften. Merkwürdig ist hier eine Gesetzstelle wegen mehrerer in ihr zusammengefaßter Beispiele, nämlich:

L. 17. §. 3. D. Commodati. Paulus lib. 29. ad Edictum.

„Sicut autem voluntatis et officii magis, quam necessitatis est, commodare, ita modum commodati finemque prac-

scribere eius est, qui beneficium tribuit. Cum autem id fecit“ (id est, postquam commodavit), „tunc finem praescribere, et retro agere, atque intempestive usum commodatae rei auferre, non officium tantum impedit, sed et suscepta obligatio inter dantem accipientemque 1): geritur enim negotium invicem, et ideo invicem propositae sunt actiones, ut appareat, quod principio beneficii ac nudae voluntatis fuerat, converti in mutuas praestationes actionesque civiles, ut accidit in eo, qui absentis negotia gerere inchoavit, neque enim impune peritura deseret, suscepisset enim fortasse alius, si is non coepisset 2); voluntatis est enim suscipere mandatum, necessitatis consummare. Igitur si pugillares mihi commodasti, ut debitor mihi caveret, non recte facies importune repetendo, nam si negasses, vel emissem, ves testes adhibuissem. Idemque est, si ad fulciendam insulam tigna commodasti, deinde subtraxisti 3), aut etiam sciens vitiosa commodasti; adiuvari quippe nos, non decipi beneficio oportet. Ex quibus causis etiam contrarium iudicium utile esse dicendum 4) est.“

Hier kommt gerade die obige Stufenfolge vor; es nimmt jemand unzeitig die geliehene Sache weg und ſchadet dadurch. Dies ſoll unerlaubt ſein, und iſt doch ohne Zweifel eine poſitive Handlung; wer würde hier aber die Aquiliſche Klage geſtatten? Dieſem Fall wird es gleich geſtellt, da einer die Geſchäfte eines Andern zu führen einmal anfing; hier darf er die angefangenen weder ganz noch im Einzelnen verlaſſen; es mag

1) Dieſe Lesart mehrerer vulg. edit. iſt der Florent. inter dandum accipiendumque offenbar vorzuziehen.

2) Aus Coepisset konnte wohl eher das wiederholte suscepisset einiger Editionen entſtehen, als umgekehrt.

3) So *Haloand.* und anderwärts ſtatt protraxisti.

4) *Hal.* utile erit dicendum.

nun aus böser Absicht, oder aus Nachlässigkeit geschehen. Wer wollte aber hier die Aquilische Klage geben? Endlich werden das Mandat und die Regel herbeigezogen: voluntatis est suscipere mandatum, necessitatis consummare. Der Mandatar muß schon darum thätig sein, weil er sich zur Ausführung anheischig machte, wenn diese auch noch nicht anfing; alles was er nach übernommenem Mandat schadet durch Thun oder Unterlassen, ist des einmaligen positiven Verhaltens wegen so strafbar, als es strafbar ist, ein Geschäft nicht zu Ende zu führen, was ich ohne Mandat einmal übernahm. Niemand freilich wird hier an die Aquilia denken, von der auch in dem Fragment keine Spur enthalten ist. Was den letzten Fall, der darin vorkommt, da wissentlich schlechte Stützen geliehen worden, betrifft, so sind damit zu vergleichen

L. 18. §. 3. eod. Gaius lib. 9. ad Edictum provinciale.

Item qui sciens vasa vitiosa commodavit, si ibi infusum vinum vel oleum corruptum effusumve est, condemnandus eo nomine est.

L. 18. §. 3. D. de dolo malo. Paulus lib. II. ad Edictum.

De eo, qui sciens commodasset pondera, ut venditor emptori merces adpenderet, Trebatius de dolo dabat actionem. Atqui si maiora pondera commodavit, id quod amplius datum est, repeti condictione potest, si minora, ut reliqua merx detur, ex empto agi potest, nisi si ea conditione merx venit, ut illis ponderibus traderetur, cum ille decipiendi causa adfirmasset, se aequa pondera habere.

In der ersteren Stelle von Gaius ist, wie man aus der Vergleichung mit dem vorhergehenden und nachfolgenden §. gleich sieht, von der actio commodati contraria die Rede: vitiosa tigna, vitiosa vasa und vitiosa pondera müssen hier aber natürlich gleich sein. Paulus nun meint in der letzten Stelle, in dem Falle, da durch Leihen falscher Maaße wissentlich geschadet worden, sei die actio doli in der Regel nicht zu gebrauchen, da man sich durch andre Klagen helfen könne; nur dann

sei es denkbar, daß sie Statt finde, wenn nicht auf ein gewisses Maaß überhaupt, z. B. 4 Ellen, sondern nach dem speciellen vorliegenden Maaße z. B. 4 Ellen von diesem Maaßstabe, den ich in der Hand habe, gehandelt worden. Aber wann auch hier nur denkbar? gewiß nicht unbedingt, denn war der, der die Gewichte geliehen, verletzt worden, so hatte er ja die actio contraria, also kann die actio doli nur zugelassen werden, wenn nicht beide liehen, sondern nur einer und gerade den andern der Schaden traf, dessentwegen er keine Reparation von seinem Contrahenten erhalten konnte. Nirgends wird hier der Aquilia erwähnt und hätte solche bei diesem doch offenbar positiven factum Statt gefunden, so wäre durch die actio doli hier nie eine Lücke auszufüllen gewesen. Zum Beweise dient auch noch die Verpflichtung des agrimensor. Dieser haftet bekanntlich nur für dolus und culpa lata 1), also, schon darum nicht ex Lege Aquilia, da diese keine besondere Zurechnung erfordert, und doch ist er immer thätig, indem er schadet. Von dem Fall, da er bei Gelegenheit des Messens eine Sache beschädigte z. B. einen Baum, ist hier nicht die Rede: das hat mit dem Geschäft desselben gar nichts zu thun und reicht hier ohne Zweifel jedes Versehen zur Aquilia hin; sondern davon, wenn er durch unrichtiges Messen schadete 2).

---

1) L. 1. §. 1. D. si mensor. Die Stelle wird unten näher erwogen werden.

2) Schömann Handbuch des Civilrechts B. I. S. 229. führt dies als den ersten Ausnahmsfall (er kennt zwei) an, da die positive Thätigkeit nicht zur Aquilia gehört. Er geht aber auch S. 228. davon aus: „alle denkbare Fälle — da man durch eine widerrechtliche positive Handlung, sei das Versehen noch so gering, jemanden Schaden thut, sind der Aquilia, oder einer actio in factum ad exemplum legis Aquiliae unterworfen.“ — Ein anderes Beispiel von einem schädlichen Thun, das auch bei einer obligatio vorkommt, von dem aber die Aquilia nichts weiß, gibt der Fall, da einer von einer fremden Sache ihm nicht verstatteten Gebrauch gemacht hat: hier ist wohl von der actio furti, von einer Contractsklage oder der actio praescriptis

§. 28.

Es leidet also keinen Zweifel mehr, daß bei weitem nicht jede positive Handlung, welche einer obligatio angehört, auch der Aquilia zugleich angehören müsse. Wird nun, wie man es bisher gemacht hat und wie es auch dem gemeinen Sprachgebrauch gemäß sein möchte, unter culpa in faciendo zum Unterschiede von culpa in non faciendo, Schuld durch positives Verhalten, durch Thun, unter der letztern aber Schuld durch negatives Verhalten, durch Nichtthun, verstanden: so folgt, daß diese ganze Distinction von der in aquilische und nichtaquilische culpa sehr weit unterschieden sei, und es wird nun die zweite Frage zu beantworten sein, ob sie in dem Sinn ihrer Urheber einen Werth habe und beizubehalten sei oder nicht.

Donellus verfiel bekanntlich auf diese Unterscheidung, indem er bemerkte, daß die culpa nur zwei Grade habe: culpa

---

verbis, aber niemals von der actio Aquiliae die Rede, z. B. §. 6. 7. I. de oblig. q. e. d. n. §. 2. quib. mod. r. L. 18. pr. D. commod. L. 20. D. de praescr. verb. — Bei der negotiorum gestio kann in einem Moment die Verbindlichkeit zum Fleiß und zum Schadenersatz wegen Vernachlässigung desselben entstehen, z. B. einer fängt seine Einmischung in die fremden Geschäfte damit an, daß er auf eine nachtheilige Weise Gelder eincassirt, wer wird hier an die Aquilia denken? Gesetzt, ein Miterbe, der also schon „propter suam partem causam habuit gerendi", that so etwas aus einer nicht sehr zu imputirenden Unwissenheit, wie könnte das ein Delict sein, und wer wollte wohl hier die Aquilische Klage in Vorschlag bringen? und doch allerdings „omnia, quae quis in hereditate dolo aut culpa fecerit, in iudicium familiae herciscundae veniunt L. 16. §. 4. famil. herciscund. aber er mußte doch damit gehört werden, daß er es in eignen Angelegenheiten nicht besser zu machen pflege, denn „talem diligentiam praestare debet, qualem in suis rebus" (L. 25. §. 16. D. eod.). Endlich gibt es sogar ein Thun gegen uns selbst, was obligationswidrig sein kann, z. B. wer Dienste versprochen, macht sich selbst muthwillig krank, um nur nicht die Dienste leisten zu können: soll denn auch hier eine actio ad exemplum Legis Aquiliae gegeben werden? ich würde doch zur actio locati rathen.

lata und culpa levis, daß aber doch unter den verschiedenen obligationes in Hinsicht der letzteren noch ein Unterschied gemacht werde, ob nämlich diligentia schlechthin, oder was dasselbe sagt, diligentia diligentis patrisfamilias, oder ob nur diligentia, quam quis suis rebus adhibere solet, dabei prästirt werde. Er theilte also zuvörderst die culpa in zwei Gattungen, culpa in faciendo und culpa in non faciendo. In beiden Gattungen gebe es wieder zwei Grade: culpa lata und culpa levis. Die diligentia, quam quis suis rebus adhibere solet, gehöre zur culpa lata in non faciendo, die diligentia im vorzüglichen Verstande mache die culpa levis in non faciendo aus. Zum Unterschiede von beiden werde die culpa in faciendo schlechthin und im engern Sinn culpa genannt. Die culpa lata, meinte er, sei in beiden Gattungen sich gleich, den rechtlichen Wirkungen nach, also juristisch eins. Dagegen wäre die culpa levis in den verschiedenen Gattungen ungleich, im Verhältniß zur culpa lata überhaupt; da diese, wie gesagt, eins sei, sei sie freilich immer als eine geringere Schuld zu betrachten, allein im Verhältniß der Gattungen zu einander sei sie verschieden, und die culpa levis in faciendo größer und schwerer, als die culpa levis in non faciendo: daher erkläre es sich, daß unter den Contracten, die mehr als culpa lata zuließen, welche wären, die nur die erstere (culpa) und die zur culpa lata gehörige diligentia quam suis etc. 1), andere aber, welche auch noch die letztere (diligentia s. str.) zuließen. Gegen diese Theorie lassen sich nun aber mehrere triftige Einwendungen machen, die man bisher wohl nur deswegen übersah, weil man sich den Begriff von culpa in faciendo vollständig zu entwickeln unterließ, und weil ihr Zusammenhang und ihre Darstellung in der Donellschen Abhandlung so viel Reiz verleihen, und der Anschein, daß sie vorher so unbezwingliches Dunkel plötzlich aufkläre, sie so einladend macht. Wir wollen die Gegenstände nach einander durchgehen.

1) societas, dos, tutela, cura, rerum communio.

§. 29.

I. Der ganze Unterschied ist offenbar ad modum Legis Aquiliae gemacht worden, und Donell sagt selbst, obgleich er freilich dies ans Ende gestellt hat: man könne schon aus der Lex Aquilia sehen, daß die culpa in faciendo ärger sei, denn eben darum lasse jenes Gesetz zwar diese, aber nicht die culpa in non faciendo zu: er verkannte also schon, daß bei weitem nicht alles positive Schaden die Aquilia treffe. Die Grundlage ist also schon ein Irrthum, und um so mehr ein Irrthum, da gerade durch Vergleichung mit der Lex Aquilia, sich, wie in §. 27. ausführlich gezeigt worden, ergibt, daß in Contractsverhältnissen jedes Schaden durch Unterlassen als mit einem anfänglichen thätigen Verhalten zusammenhängend, mithin als Thun selbst betrachtet werden müßte, wenn man überhaupt hierauf einen Werth legen wollte. Der Mann, welcher die dos der Frau unter seine Obhut und Verwaltung nimmt, der tutor, der die Vormundschaft antritt, der Miterbe, der einmal die Administration gemeinschaftlicher Sachen anfing, der socius, der mit seinem Genossen in diese enge, fast brüderliche Verbindung freiwillig eintrat: sie alle verhalten sich anfangs thätig, und wenn sie nachmals zum Schaden dessen, dem sie sich dadurch verpflichteten, unthätig werden, so sind sie eben so wenig als bloß passiv zu betrachten, wie der fornacarius, der die Kohlen nicht in Acht nahm, oder jener, welcher das einmal angezündete Feuer sich selbst überließ, daß es des Nachbars Getreide ergriff, oder endlich als der Arzt, der die einmal angefangene Cur verließ und dadurch tödtete.

§. 30.

II. Wenn man nun aber auch, was man jedoch im Geist des Römischen Rechts nicht kann, darauf sehen wollte, ob die specielle Handlung, wodurch zunächst der schädliche Effect hervorgebracht wurde, ein Thun oder ein Unterlassen, nicht also

bei dem letzteren noch darauf, ob es auch an ein ursprüngliches Thun anzureihen sei; so läßt sich doch nach der Natur der Sache schlechterdings nicht einsehen, weswegen ein Thun, das der obligatio zuwider ist, an sich sträflicher sein sollte, als ein Nichtthun, das ebenfalls die obligatio verletzt. Donell nimmt gleich anfangs ein Beispiel vom tutor her; nun also, ein tutor läßt Geschäfte des Pupillen zu seinem Verderben, aus Nachlässigkeit, aus Unfleiß ganz liegen; er greift sie zwar an, aber er führt sie schlecht, ebenfalls aus Unfleiß: wo ist da ein Unterschied in Hinsicht der Zurechnung? Wir wollen den Donellus, wenn auch nicht wörtlich, doch so, daß der Schärfe seiner Argumente nichts abgehen soll, selbst vernehmen; die, welche ihm nachgefolgt, können ihn als Vorredner und Repräsentanten gern anerkennen, da er hier fürwahr nicht schlecht gesprochen.

1) sagt er, wer etwas thun will, etwas unternimmt, bedenke sich erst. Er kann es ja lassen, wenn er Gefahr sieht, wenn er dem Dinge nicht gewachsen ist. Es steht ja bei ihm, die Handlung nicht zu thun. Thut er es dennoch und er schadet, statt zu nützen; nun so kann ihn niemand entschuldigen. Dagegen

2) fährt er fort, ist der, welcher nicht handeln will, wer sich eines Thuns enthält, aus zwei Ursachen zu entschuldigen.

a) er wußte vielleicht gar nicht, daß er handeln müsse. Wie kann man Thätigkeit hier von ihm verlangen? er hätte in eigenen Angelegenheiten nicht eingesehen, daß es hier was zu thun gebe, dieselbe Erkenntniß fehlt ihm bei fremden Angelegenheiten,

b) wenn er es auch wußte, so fehlte ihm der Muth dazu. Es ist eher löblich, als tadelnswerth, sich mit Dingen nicht zu befassen, denen man sich nicht gewachsen glaubt. L. 8 D. ad Leg. Aquil. — Hier folgt denn die merkwürdige, aber mit sophistischer Kunst nur so hingeworfene Einschränkung: nisi alia res te ad diligentiam obliget. — Also, wer, indem ihn sein Unvermögen bedenklich macht, sei es

Schwäche, sei es Unwissenheit, was er fürchtet, vom Handeln absteht, darf nicht für schuldig gehalten werden.

So weit Donellus. Wer sieht nicht, daß der verlorne Beisatz: „nisi alia res te ad diligentiam praestandam obliget" der Punkt ist, um den sich hier alles bewegen sollte. Wer dem Andern nicht verpflichtet ist, für ihn thätig zu sein, der kann nicht dazu gezwungen werden, und es kommt wenig darauf an, ob er moralisch gute Gründe hatte, zum Schaden des Andern still zu sitzen, oder nicht. Hatte er aber einmal sich dazu hergegeben, so ist er nun auch schuldig, die That, das Geschäft, und was damit zusammenhänget, auszuführen. Dies muß aber immer der Fall sein, wenn im Recht davon die Frage ist, ob einer den Schaden zu ersetzen habe, der durch sein Nichthandeln entstanden ist. Bei der Lex Aquilia, wie wir gesehen haben, wird es dem Thun völlig gleichgestellt, wenn einer zu handeln anfing und nun die Hände niederlegte, als ohne Fortsetzung sein Handeln noch verderblich werden mußte: ob er dies letztere aus Bosheit, aus Unverstand, aus unzeitiger Schüchternheit gethan, darauf kommt nichts an. Bei obligationes werden nur solche positive und negative Handlungen von jemandem verlangt, welche die gerade in Frage stehende obligatio zum Gegenstande hat: wer sich dieser unterwarf, kann unmöglich im Allgemeinen mit der Entschuldigung zugelassen werden, entweder, daß er nicht wußte, was die obligatio mit sich bringe, oder daß er gefürchtet habe, zu thun, was er zu thun durch Wort oder Handlung sich anheischig gemacht. War er nicht fähig, so mußte er sich nicht unterziehen; wußte er nicht, was die Sache mit sich führe, so mußte er die Hand davon lassen: dies gilt für alle persönliche Rechtsverhältnisse. Warum aber die Lex Aquilia immer ein eigentliches Thun voraussetze, und auf Nichtthun nur in so fern Rücksicht nehme, als man es gewissermaaßen als Theil und Folge eines vorhergehenden Thuns betrachten könne, und ob jegliches Thun dazu hinreiche, oder wie dieses beschaffen sein müsse, das war freilich die eigentliche

Grunduntersuchung. Donell aber hat sie nirgends angestellt: er wollte Andern auch etwas zu thun übrig lassen.

§. 31.

Wir wollen jetzt die Sache etwas concreter stellen, und bei dem Beispiel von tutor, da dieses Donell vorzüglich heraus gehoben hat 1). stehen bleiben. Gesetzt, der tutor läßt ganze Geschäftszweige liegen, welche nicht ohne Nachtheil für den Pupillen ruhen konnten, z. B. eine auf ihn vererbte Handlung: mich dünkt, dies ist eine recht grobe Schuld 2), und macht ihn mehr verantwortlich, als wenn er die Handlung fortführte, im

---

1) Es ist aber nicht das einzige, was er hat. Ein paar andere von culpa in faciendo kommen nachher bei Gelegenheit des depositi vor: der Depositar läßt die deponirte Sache dem deponens zurückbringen, nimmt sich aber mit der Wahl des Boten nicht in Acht, und dieser verliert sie. Zugleich vertraut er demselben von seinen eigenen Sachen an, usit denen es ebenso geht. Dieser letztere Umstand, meint er, sei nur beim depositum von Erheblichkeit, dagegen z. B. bei der societas nicht, da es culpa in faciendo sei. Mich dünkt, es kommt alles darauf an, ob er verpflichtet war, die Sache in die Hände des Andern zurückzuliefern; denn war er es nicht, so ist er mehr als negotiorum gestor zu betrachten, und muß also, da er sich zugedrängt, diligentiam omnem prästiren; war er es aber, so ist, wenn nur die diligentia in suis consueta erst ausgemacht ist, das depositum von der societas hier nicht unterschieden, denn eine besondere Beflissenheit ist das offenbar; s. unten im Text. Daraus aber, daß er dies eine Mal in seinen eigenen Geschäften es eben so machte, erhellt noch gerade nicht nothwendig, hanc ei negligentiam in suis rebus consuetam esse. Sodann spricht er noch von der Veräußerung einer deponirten Sache aus verschuldeter Unwissenheit. Denke ich mir diesen Fall bei einer gemeinschaftlichen Erbschaft, so kann die Schuld darin liegen, daß der eine Erbe, der allein angetreten und die Administration angefangen, die Erbschaftssachen nicht mit gehörigem Fleiß von den seinigen geschieden gehalten. Hier ist wirklich eine wahre omissio diligentia s. l. vorhanden, und läßt sich wirklich ausmitteln, daß ihm Aehnliches in eigenen Sachen nicht ungewöhnlich, so kommt er mit der Entschuldigung aus, daß er nur diligentiam quam suis etc. zu prästiren habe.

2) So nennt es L. 2. C. si tutor vel curator non gesserit.

Einzelnen aber kleine Verſehen beging. Man wird ſagen: jenes ſei aber auch eine culpa lata, dieſe eine levis. So ſtelle man erſt die Fälle gleich: der Vormund überſah ein Geſchäft, das zur Handlung gehörte, was ſich allenfalls ohne plumpe Sorgloſigkeit überſehen ließ, oder er wagte ſich aus Schüchternheit nicht daran, oder er ließ es aus Nachläſſigkeit liegen; auf der andern Seite, er führte das Geſchäft, aber er führte es nicht mit allem erforderlichen Fleiß: ich bin hier immer noch geneigter, von dieſen Fällen, die beide nach der Vorausſetzung zur culpa levis gehören ſollen, den erſteren für ſchlimmer zu halten, weil im Ganzen leichter ein Verſehen im Einzelnen vorfallen kann, als daß ein ganzes Geſchäft ausgelaſſen werde. Es kommt hier ja doch immer darauf an, ob in dem einen oder dem andern Fall zu dem Gegentheil deſſen, was wirklich geſchehen, mehr Fleiß und Sorgfalt gehört, dies entſcheidet, nicht alſo, ob der Fall zum facere oder non facere gehöre. Wer iſt mehr ſchuldig, der, welcher eine Hufe des Pupillen ganz unbewirthſchaftet läßt, oder der, welcher nicht den Vortheil davon zieht, den er davon ziehen kann, wenn alles mit rechten Dingen zugeht; der, welcher auf einer ſolchen Hufe eine Koppel über die Zeit brach liegen läßt, oder der, welcher eine ſchlechtere Kornart darein ſäet, als die Koppel in ordentlicher Wirthſchaft zu tragen im Stande war? In keinem dieſer Fälle kann doch entſchuldigen: ich wagte mich nicht daran, da ich die Sache nicht verſtehe; getraute er ſich nicht, ſo lag ihm ob, für Sachverſtändige zu ſorgen, ſich mit ihnen zu berathen, oder ſie handeln zu laſſen: dies war eben ſo ſehr ſeine Pflicht, als es ſeine Pflicht war, ſich der Vormundſchaft überall zu unterziehen, zu der er mit Recht berufen war. Der Vorwand, daß er nicht geſehen, was zu thun ſei, da er dergleichen auch wohl in eignen Angelegenheiten zu überſehen pflege, muß daher, wenn er überall zuläſſig iſt, ſo gut bei einzelnen vernachläſſigten Theilen eines übernommenen Geſchäfts, als bei einem Ganzen nicht übernommenen Geſchäft Statt finden, z. B. einer überſah bei einem

Kaufe eine Bedingung, die er hätte machen müſſen, er kaufte etwas nicht mit, was die Sache noch viel brauchbarer würde gemacht haben, und wo iſt hier das Ende, und wo der Anfang?

§. 32.

Es gibt hier in der That nur eine Aushülfe, nämlich die, wenn man die ganze Behauptung auf das Unternehmen ganz neuer, den Angelegenheiten deſſen, für den man handelt, bisher ganz fremder Geſchäfte beſchränken wollte; aber das hieße dann auch, den Ausdruck culpa in faciendo in einem ganz neuen, dem Sprachgebrauch wenig gemäßen Sinne nehmen und die Aquiliſche culpa würde dann bei weitem nicht hierher gehören; denn wer eine geliehene Sache gebraucht, wozu ſie ihm geliehen wurde, und ſie bei dem Gebrauch verletzt 1), fehlt gegen das Aquiliſche Geſetz, unternimmt aber ſicher nichts Unerwartetes oder Neues. In dem Hauptbeiſpiel, was Donell anführt, ſcheint er es wirklich auf dieſe Aushülfe abgeſehen zu haben. „Si tutor, heißt es dort, in rebus pupillaribus *nova* quaedam instituat, sedulo quidem, et rei augendae causa, sed parum prudenter, ut quibus noceat potius rebus pupillaribus, cum tamen eadem in suis rebus faceret.“ Aber ſeine Beiſpiele von der entgegengeſetzten culpa in non faciendo zeigen ſchon, daß dies nicht feſter Gedanke bei ihm war: „si aquaeductus corrumpi patiatur, si servitutem non usu interire, si aedificia non praestet sarta tecta, animalia non curet, ut oportet. Posterius quia in omittendo et negligendo est, dicitur usitate desidia et negligentia“ 2). Angenommen aber, der tutor

1) Qui in eam rem usus est, in quam accepit, et eam in ulla parte culpa sua fecit deteriorem, wie es nach L. 10. D. commod. dort heißen könnte.

2) Die in der Folge bei Donellı c. vorkommenden Aeußerungen: culpa in faciendo ſei vorhanden, „ubi quid facias quo damnum des, c. in non faciendo, ubi omissis necessariis ad custodiam et conservationem

unternahm Neues, z. B. eine Handlung mit dem Vermögen des Pupillen, da er doch keine vorfand, so hat er freilich ein besonderes Motiv, recht sorgsam zu sein, und allen Fleiß aufzubieten, daß es damit gelinge; aber er würde demjenigen tutor zu vergleichen sein, der mit Verdrängung seiner Mitvormünder die Administration allein übernahm, und der bekanntlich diligentiam zu präſtiren hat, oder dem negotiorum gestor, der Geschäfte anhub, mit welchen sich der Principal nie zu befassen pflegte, und der daher sogar den casus zu präſtiren hat; nicht in dem facere, sondern in der Neuheit der Sache, und der daraus zu schließenden Zudringlichkeit der Person liegt dies, und ob die eine oder die andere Analogie eintreten soll, richtet sich darnach, ob die Unternehmung legitimo modo geschah oder nicht. Dasselbe kann mutatis mutandis vom socius gelten: lag es in seiner Verpflichtung, die er als socius auf sich lud, ein noch bisher nicht getriebenes, aber zur Societät gehöriges Geschäft, nun, da es Zeit ist, zu übernehmen, und er verabsäumte den Zeitpunkt, so ist er nicht mehr und nicht weniger verantwortlich, als wenn er es mit einem noch so oft vorgefallenen Negoz so machte: war es dagegen nicht seine Pflicht, sondern unterfing er sich etwas, was ihm nicht oblag, so muß er auch den Schaden tragen, den seine Waglichkeit hervorgebracht. Endlich verstehe ich nicht recht, was der Satz: cum tamen eadem in suis rebus faceret sagen soll. Soll dies, wie es scheint, so viel heißen, als: wenn er ein eben so verkehrter Projectmacher in seinen eignen Dingen ist, so hat Donell darin ganz Recht, daß ihn dies unmöglich entschuldigen kann, aber warum nicht? nicht aus dem kahlen Grunde, weil er durch Thun schadete, sondern deswegen, weil er ja gerade durch die früheren Erfah-

---

rei res aut pereat aut deterior fiat, und sodann: der Unterschied bewirke, ut teneatur debitor duntaxat, si quid fecerit, quo noceret, non etiam si quid negligentia et socordia sua perire aut corrumpi passus sit, nähern sich gewissermaaßen schon mehr der richtigeren Ansicht.

rungen in eignen Sachen hätte klug werden müssen, sobald er nur nicht gegen alle Erfahrung sich verstockte, oder auf allen Fall, weil Projectmacherei immer Leichtsinn und Frivolität voraussetzt, also an sich culpa lata ist. Von einer angewandten diligentia quam suis rebus etc. kann nur in so fern die Rede sein, als die Unternehmung gut ersonnen und angelegt war, aber durch ein leichteres Versehen mißlang, das ihm aber in eigenen Angelegenheiten öfterer zu entschlüpfen pflegt: war nun dieses Unternehmen nicht ungewöhnlich, und ging es nicht über das, was ihm oblag, hinaus, z. B. ein paar Kaufleute verbanden sich zu gemeinschaftlichen Speculationen, und der eine, dem darin freie Hand gelassen war, unternimmt eine neue, die an sich wohl berechnet war, und auch in den Cyclus ihrer gewöhnlichen Unternehmungen hineingehört, sie mißlingt aber, weil gerade eine Unbesonnenheit ihr in den Weg trat, die jenem auch in seinen Privatangelegenheiten gewöhnlich ist, und ihm auch hier überkam; so trage ich auch gar kein Bedenken zu behaupten, daß er sich auf diesen Umstand zu seiner Entschuldigung berufen könne. Doch über den echten Begriff der diligentia quam suis etc. noch unten. Also die Natur der Sache ist dawider, daß die culpa in faciendo als solche eine ärgere Schuld sei, als die c. in non faciendo. Wäre auch des Donellus Räsonnement richtig, so würde folgen, daß bei keinem Contracte je mehr, als diligentia quam suis etc. zu prästiren sei, denn mehr als Schuld kann doch nicht prästirt werden, es ist aber unschuldig, unthätig zu bleiben in fremden Angelegenheiten, nisi alia res te ad faciendum obliget 1).

1) In der That, um nicht ungerecht zu sein gegen die Theorie der drei Grade, nicht bloß diese, sondern auch die entgegengesetzte, welche zwei Grade annahm, hat, so wie sie von Donell ausging, und sich bis auf den heutigen Tag erhielt, einen todten Theil, welcher aller Anwendung und allem organischen Leben widerstrebt, und daher vor allen Dingen herausgeschafft werden mußte; das ist die Unterscheidung zwischen culpa in faciendo und non faciendo, so wie sie bisher verstanden worden.

§. 33.

III. Die Terminologie ist so gar nicht natürlich zu erklären. Das Wort diligentia in den Phrasen: diligentia, diligentis, und diligentia quam suis etc. also im weitern Sinn, soll hier bloß auf culpa in non faciendo, nicht auf culpa levis in faciendo gehen; woher dies? Fleiß ist es doch, was nicht mehr vermißt wird, wenn ich aus Trägheit und Sorglosigkeit ein Ding gar nicht anfasse, als wenn ich es zwar aufnehme, aber wieder fallen lasse; Unfleiß ist so gut meine Schuld, wenn ich ein Geschäft, das vorgenommen werden sollte, nachlässig ausführe, als wenn ich es aus Unbedachtsamkeit ganz ruhen lasse. Man sage nicht: ich habe ja doch schon Fleiß bewiesen, indem ich es angegriffen, denn immer besteht ja doch der Fehler darin, daß ich nachher die anfängliche Betriebsamkeit nicht beibehielt; es ist also doch immer Fleiß, diligentia, was hätte prästirt werden sollen, und nicht prästirt wurde. Das Unnatürliche in der Bedeutung der Worte ist in dieser Materie aber immer ein wichtiger Einwand. Ganz anders verhält sich die Sache, wie wir sehen werden, wenn bloß zwischen aquilischer und außeraquilischer culpa unterschieden wird.

§. 34.

IV. Die Gesetze, (wie sich erwarten läßt, da sie hier eben aus der Natur der Sache schöpfen) enthalten nichts, was den Unterschied in diesem Sinne unterstützen könnte. Die einzige Stelle, wo die Ausdrücke selbst vorkommen, ist

L. 91. pr. D. de V. O. Paulus lib. 17. ad Plautium.

Si servum stipulatus fuero, et nulla mora intercedente servus decesserit: si quidem occidat eum promissor, expeditum est, sin autem negligat infirmum, an teneri debeat promissor? considerandum est 1), utrum, quemadmodum

1) Flor. considerantibus.

in vindicatione hominis, si neglectus a possessore fuerit, culpae huius nomine tenetur possessor, ita et cum dari promisit? *an culpa, quod ad stipulationem attinet, in faciendo accipienda sit, non in non faciendo?* quod magis probandum est, quia qui dari promisit, ad dandum, non faciendum tenetur.

Allein es ist augenscheinlich, daß die Eintheilung sich hier nicht auf die Lehre von der culpa im Allgemeinen, sondern lediglich auf die strenge obligatio einer Stipulation bezieht. Hier sollte nur alles ausgeschlossen werden, was nicht zum dare gehört, also jedes non facere; dagegen wird jede positive Handlung, welche dem dare widerstand, als der strengen Wortverbindlichkeit entgegenstehende, also hierher gehörige Schuld mit aufgenommen, natürlich auch, wenn es gleich die Aquilia **nicht** aufnahm, z. B. die in §. 1. vorkommende Veräußerung der versprochenen Sache. Davon kann denn aber nicht eine die ganze Theorie beherrschende Eintheilung hergeleitet werden.

Mehr Schein hat schon, obgleich die Ausdrücke selbst fehlen,

L. 1. pr. D. de tutelae et rationibus distrahendis — actione. Ulpianus lib. 36. ad Edictum.

In omnibus quae fecit tutor, cum facere non deberet, item in his quae non fecit, rationem reddet hoc iudicio, praestando dolum, culpam et quantam in rebus suis diligentiam.

Hier, meint man, müsse das quantum in rebus suis diligentiam bloß auf quae non fecit bezogen werden, allein dies setzet schon voraus, daß diese die ganze diligentia ausfülle, und das ist es eben, was geläugnet wird: es kann sich ohne Frage auch auf den ganzen Vordersatz und auf den Theil der culpa in faciendo beziehen, der noch etwa zur diligentia gehört. Der vorderste Satz sagt nichts weiter, als: in dies iudicium gehört alles, was der tutor thut, indem er es nicht sollte, und was er nicht that, indem er es sollte, läßt es aber unbestimmt, was er nach der Natur seiner obligatio thun soll, und was er

nicht thun soll. Diese Bestimmung fügt der Nachsatz hinzu: er muß nämlich, wenn er nicht verantwortlich sein will, sich nicht bloß keinen dolus zu Schulden kommen lassen, sondern auch keine culpa, und was die diligentia insbesondere betrifft, so ist er so weit dazu verpflichtet, als sie in seinen eigenen Angelegenheiten vorzukommen pflegt. Was denn nun aber diligentia heiße, und wie viel sie umfasse, darüber ist gerade noch die Frage.

Am merkwürdigsten, und oft angeführt, aber eben so oft mißverstanden ist

L. 15. §. 2. D. de usufructu. Ulpianus lib. 18. ad Sabinum.

De praeteritis autem damnis fructuarius etiam lege Aquilia tenetur, et interdicto quod vi aut clam, ut Iulianus ait: nam fructuarium quoque teneri his actionibus, nec non furti, certum est, sicut quemlibet alium, qui in aliena re tale quid commiserit. Denique consultus, quo bonum fuit, actionem polliceri Praetorem cum competat legis Aquiliae actio? respondit: quia sunt casus, quibus cessat Aquiliae actio, ideo iudicem dari, ut eius arbitratu utatur, nam, qui agrum non proscindit, qui vites non subserit, item aquarum ductus corrumpi patitur, lege Aquilia non tenetur. Eadem et in usuario dicenda sunt.

Hier sei doch, meint man, offenbar allenthalben auf das non der Nachdruck zu legen, und man könne unbedenklich für die angeführten Beispiele ein allgemeines non facere substituiren, und dieses mache die ganze Lücke aus, welche die cautio usufructuaria ausfüllen solle. Wäre das, so wäre denn auch freilich nach dieser Stelle zu behaupten, daß die Aquilia auf jedes Handeln ginge, was kein non facere sei; allein man bedenke doch nur, zuerst, daß im ususfructus in der That die meisten Vergehungen, die nicht zum non facere gehören, in Verletzung der Substanz bestehen; z. B. Bäume werden umgehauen oder ausgerissen 1), Steinbrüche, Thongruben werden zu stark

1) *Vergl. L. 7. §. 5. D. quod vi aut clam. — — — qui arbores

benutzt, der Boden wird durch verkehrte Wirthschaft erschöpft u. s. w. 1) und sodann, daß hier nur Beispiele, so wie sie vor der Hand lagen, aufgegriffen sind: es war nur darum zu thun, zu zeigen, daß das iudicium arbitrarium nicht überflüssig sei, dazu reichten die Exempel hin. Es gibt allerdings hier Fälle, in denen ein facere die Substanz nicht verletzt, aber die sind denn auch so geartet, daß es recht in die Augen fällt, theils daß sie nicht zur Aquilia gehören, theils daß das Thun in Verpflichtungsverhältnissen an sich nicht bösartiger ist, als das Nichtthun. Wir wollen nur ein Beispiel hervorziehn, zu welchem das: qui vites non subserit, leicht hinführt: jemand hat den Nießbrauch eines weitläuftigen Obstgartens, der nichts wie gute Obstsorten enthält; einige Bäume, die vortreffliches Obst trugen, gehen aus; da er sich nicht sehr viel darum bekümmert, und sie abgelegen standen, wird er es nicht gewahr, und pflanzt

---

succidit, utique tenebitur, et qui arundinem et qui salictum: *terra enim et quod ammodo solo ipsi corrumpendo manus infert.* Idem et in vineis succisis. Caeterum qui fructum aufert, furti debet conveniri. — — In solo fieri accipimus, et si quid circa arbores fiat, non si quid circa fructum arborum. Vergl. noch L. 7. §. 9. 10. L. 9. pr. L. 11. pr. eod.

1) *Balduinus* Catechesis iur. civil. (Iurisprud. Rom. et Att.) p. 757. gibt bei dieser Gesetzstelle zu verstehen: „notandum hic est verbum *committendi*, quod certe faciendi est.“ In der That scheint auch dies: in aliena re quid committere, charakteristisch, jedoch bezieht es sich hier auch auf die actio furti, deren gewöhnliche Fälle doch nicht unter die Lex Aquilia gehören. Wie er nun aber diese Stelle anführen, und gleich darauf behaupten konnte, wenn eine besondere Verpflichtung zum Thun vorhanden sei, so müsse auch das non facere hier prästirt werden, und dafür die Fälle im Titel: de Lege Aquilia, wo von einer verlassenen Cur, einem unbewahrten Feuer u. s. w. die Rede ist, anführen konnte, ist fast unbegreiflich, und sieht man daraus, daß er den Charakter der L. Aquilia nicht im mindesten eingesehen. In seiner Abhandlung de Lege Aquilia pag. 242. in f. und in Iurisprud. Muciana p. 548. m. (ibid.) findet sich derselbe Irrthum recht deutlich wiederholt.

sie gar nicht nach, dies ist culpa levis in non faciendo; oder umgekehrt, er wird es gewahr, verschreibt auch wieder dieselben Sorten, wendet sich aber aus Versehen an keinen zuverlässigen Obstbaumhändler, so daß ihm in dieser Hinsicht eine culpa levis nachgewiesen werden kann; nun bekommt er schlechte Bäume, und pflanzt sie an die Stelle der guten: beides gehört ohne Zweifel zur cautio, viri boni arbitratu perceptum iri usumfructum, doch wer wird in dem letzten Fall an die Aquilische Klage denken, und wer wird glauben, daß das mit einem Versehen verknüpfte Nachpflanzen in sich schlimmer und eher imputable sei, als der aus Mangel an Aufsicht ganz vernachlässigte Ersatz? Wenn das übrige gleich ist, dünkt mich, wird man immer geneigter sein, dem mehr Schuld zu geben, der sich gar nicht darum bekümmerte, als dem, der doch eben guten Willen hatte, und sich nur im Ankauf versah.

Daß sich in den Gesetzen kein positiver directer Beweis findet, daß die Donell'sche Idee irrig sei, ist sehr natürlich, da man eine Idee, auf die noch niemand gefallen, nicht wird widerlegen wollen; aber ein indirecter Beweis ist in folgender Stelle enthalten:

L. 11. 6. mandati. Impp. Diocl. et Maxim. AA. Caio.

Procuratorem non tantum pro his, quae gessit, sed etiam pro his, quae gerenda suscepit, et tam propter exactam ex mandato pecuniam, quam non exactam, *tam dolum quam culpam*, sumptuum ratione bona fide habita, praestare necesse est.

Hier war es vorzüglich Absicht, das non facere dem facere ganz gleich zu stellen, und dabei kommt der unbestimmte Ausdruck tam dolum quam culpam vor; wäre es nun nicht unerklärlich, daß man sich desselben bedient hätte, wenn es Contracte gäbe, die dieses non facere vom facere in Hinsicht der praestatio culpae unterschieden, und die culpa selbst dabei mehr beschränkten? Bei Fällen des facere und des non facere, der Aquilischen und außeraquilischen culpa kommt freilich, wie

wir ſehen werden, dieſer unbeſtimmte Ausdruck vor, ohne Rückſicht, ob der Contract diligentia diligentis oder nur diligentia quam quis suis etc. zuläßt, allein davon, daß er da gebraucht wurde, wo facere und non facere eben verglichen werden ſollten, und unter jenem die Aquiliſche culpa mitbegriffen iſt, oder es allein ausmacht, davon gibt es kein Beiſpiel und kann es keins geben. Allein die L. 11. ſpricht lediglich von Fällen einer bloßen gestio, welche mit der Aquilia nichts zu thun haben, und da iſt denn freilich das gerere und non gerere nicht bloß beim Mandat, ſondern überall, auch in Hinſicht des Umfangs der culpa vollkommen gleich.

Allen dieſen Schwierigkeiten und Einwendungen beugt man aus, ſobald man, ſtatt zwiſchen culpa in faciendo und non faciendo in dem gegebenen Sinn und zu dem angenommenen Zweck zu unterſcheiden, bloß diejenige culpa, welche der Lex Aquilia unterworfen iſt, von ſolcher unterſcheidet, die ihr nicht unterworfen iſt. Dies nun vollends zu entwickeln und ins Licht zu ſtellen ſei der Vorwurf der folgenden Unterſuchung.

Fünftes Capitel.

Von dem Unterschied der Aquilischen und der auf einer vorhergehenden obligatio beruhenden culpa; von der culpa in concreto und dem wahren Verhältniß der diligentia diligentis patrisfamilias und der diligentia quam quis suis rebus adhibere solet, zum dolus, zur culpa lata und zur culpa außerhalb des dolus überhaupt.

---

§. 35.

Eine jede obligatio hat eine Leistung zum Gegenstande, und gerade darin, daß dies oder jenes geleistet werden muß, besteht ihr ganzer Inhalt. „Obligationum substantia, sagt Paulus in L. 3. de V. O., non in eo consistit, ut aliquid corpus nostrum, aut servitutem nostram faciat: sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid, vel faciendum, vel praestandum.“ Alles was die obligatio zunächst fordert, ist daher positiv, mithin dessen Gegentheil negativ: alles verpflichtungsmäßige Handeln besteht in einem Leisten, also in einem Thun, alles, was als verpflichtungswidrig, als der obligatio wegen, unrechtmäßig zugerechnet werden kann, besteht in einem Nichtleisten, also in einem Unterlassen. Wenn es allerdings auch positive Handlungen gibt, welche der obligatio entgegen sind, so ist es doch immer eine negative, die in der Mitte liegt, und um derentwillen das Thun sich mit dem persönlichen Verhältniß nicht verträgt. Dahin gehört vor allem auch das Beschädigen oder gar Zerstören einer dem Andern schuldigen Sache. Gehört diese Sache dem Andern eigenthümlich, und nimmt man auf die Lex Aquilia Rücksicht, so ist die Beschädigung unmittelbar und

an sich als Beschädigung rechtswidrig, und es hat dies so wenig mit der Verletzung einer obligatio zu thun, daß es vielmehr als Delict erst eine hervorbringt; sieht man dagegen auf die obligatio, weshalb man die Sache schuldig war, so ist die Beschädigung deshalb rechtswidrig, weil sie vermöge derselben prästirt werden sollte, und es sich von selbst versteht, daß der, welcher alles Mögliche thun muß, was zur Leistung erforderlich ist, nicht etwas thun dürfe, was ihm die Leistung ganz oder zum Theil unmöglich macht. Erinnern wir uns nur an den oben 1) angegebenen Inhalt der L. 91. pr. de V. O.: ein non facere war in dem dortigen Falle kein Unrecht, da es nicht zur versprochenen Leistung, die einzig auf ein dare ging, erforderlich war, aber doch allerdings ein facere ne dari possit, da natürlich der, der alles thun soll, was zum Geben gehört, um so weniger etwas thun darf, was ihn daran hindert. Die Lex Aquilia hat es zu allernächst mit dem damnum dare, die obligatio in Hinsicht der schuldigen Sache zunächst mit dem restituere s. l. zu thun, daher denn auch sowohl im §. 1. I. quibus modis re, als in L. 1. §. 3. 4. D. de O. et A. an dieses die Frage von dem casus und der culpa geknüpft wird: war er schuld, daß er nicht restituiren konnte, so muß er ersetzen; hat ihm ein Zufall die Restitution unmöglich gemacht, so ist er frei. So mit aller Prästation und aller culpa bei obligationes. War dolus oder imputable Nachlässigkeit die Ursache, daß er nicht leistete, was er sollte, oder nicht *so* leistete, *wie* er sollte, so muß er dafür haften, es mag nun eine Thätigkeit damit verbunden gewesen sein, oder seine Schuld mag in bloßer Unthätigkeit bestanden haben. Daher kann man mit Recht sagen, daß alle Illegalität (culpa s. l.) bei obligationes in einem Nichtthun bestehe, und daß, da die Zurechnung (culpa s. str.) sich darnach, wenn auch nicht im Wesen, doch in der Beziehung verändert, alles bei denselben, was nicht dolus ist, in einem

1) §. 34. init.

vorzüglichen Sinn unter die Rubrik negligentia zu bringen sei. Bei der Aquilia kommt freilich auch eine negligentia vor, aber diese ist nicht an sich und zunächst widerrechtlich, sondern sie ist es nur, weil sie ein dem Effect nach widerrechtliches Thun begleitet, wo hingegen bei der obligatio das Thun nur darum verwerflich ist, weil es ein negligere, quod fieri debebat, zur Folge hatte. Bei der ersteren ist es immer Hauptsache: unterlassen was Schaden bringt, bei der letztern eben so Hauptsache: thun, wozu man verpflichtet ist. Gerade deswegen nun, weil hier beide Gesichtspunkte oft in einem Falle, und bei einem und demselben Factum zusammentreffen, darf man sie um so weniger verwechseln, und muß man es nie aus dem Gesichte verlieren, daß die beiden iudicia, das des aquilischen Gesetzes, und das einer jedweden obligatio, wenn sie auch in einem Punkt zusammentreffen, doch im Wesentlichen von einander unabhängig sind, obgleich sie allerdings mittelbar auf einander einwirken können. Dieserhalb sollen hier beide oft und anhaltend verglichen, aber nie vermischt werden.

§. 36.

Die Lex Aquilia kennt gar keine Grade der Imputation, sie läßt, wie wir gesehen haben, alles zu, was irgend von einem fleißigen Manne verlangt werden kann. Das ist anders bei den Contracten. Manche von diesen, wie bekannt ist, z. B. das depositum, verlangen nur, daß nicht dolo malo gegen die Verbindlichkeit gehandelt worden, also daß man weder die Leistung selbst muthwillig verweigere, noch sich mit arger Gesinnung dieselbe unmöglich mache 1); zu dem letzten gehört denn auch jedes, diese Unmöglichkeit bewirkende Thun oder Unterlassen, dem grobes Nichtwissen oder Nichtachten (culpa lata) zum Grund liegt. Trifft es sich nun, daß jenes, nämlich das Thun, im gerade vorliegenden Falle auch zur Aquilia gehört, und es ist bloß aus Schwäche gehandelt worden, aus Nachlässigkeit, die mit dem

1) L. 1. in f. L. 3. D. depositi.

dolus keine Verwandtschaft hat, so hat dies mit der obligatio nichts zu thun, die Handlung ist hier in einem Betracht zwar widerrechtlich und culpa, nämlich indem sie das allgemeine Bürgerrecht, freies unbeschädigtes Eigenthum zu haben, verletzt, in einer andern Hinsicht aber ist sie es nicht, nämlich insofern sie die Nichtleistung dessen bewirkt, worauf die obligatio geht, denn diese dringt auf nichts anders, als ut dolus malus absit. Daher konnte es in L. 5. §. 2. commod. und L. 23. de R. I. so unbedingt und ohne Einschränkung gesagt werden, daß das iudicium depositi allein den dolus anerkenne, mit der praestatio culpae gar nichts zu thun habe 1), womit dann aber gar nicht die Aquilische Klage, im Fall sie überall Statt haben kann, ausgeschlossen werden soll. Schon daß die Nachlässigkeit hier culpa genannt wird, scheint zu verrathen, wie sich gleich noch deutlicher ergeben wird, daß der Handelnde noch in einer andern Hinsicht als schuldig angesehen wurde 2); sodann aber wäre es auch unbegreiflich, wie eine Handlung, die an sich unter Personen, die an einander gar nicht gebunden, schon allein darum unerlaubt ist, weil der eine beschädigt wird, ungeachtet dieser Beschädigung ganz schuldlos werden sollte, wenn diese Personen in ein näheres Pflichtverhältniß treten 3).

---

1) So auch beim precarium. L. 8. §. 3. D. de precario.

2) War bloß von Unterlassung der custodia die Rede, also von etwas, was die Aquilia nicht berührte, so wird gewöhnlich dieser Ausdruck nicht gebraucht, sondern bloß zu verstehen gegeben, nur dolus komme hier nicht in Betracht, negligentia sei schuldlos, also gar nicht culpa. L. 1. §. 5. de O. et A. §. 17. I. de oblig. q. e. d. L. 1. §. 47. D. depos. L. 10. §. 1. D. commod.

3) Daß man die Unabhängigkeit des iudicii depositi von der Aquilia und umgekehrt hat in Zweifel ziehen wollen, ist um so wunderlicher, da es nicht an andern Verhältnissen im Recht fehlt, in welchen gerade dasselbe, nach ausdrücklicher Vorschrift, Statt findet; siehe nur L. 1. §. 2. D. si is, qui testam. L. 13. pr. D. de liberali causa. L. 54. §. 2. D. de A. R. D. Statt alle die Fragmente anzuführen, worin bei bestimmten Klagen und obli-

§. 37.

Dagegen gibt es aber noch Contracte, welche auch von einer culpa außer dolus wiſſen, alſo auch eine bloße Nachläſſigkeit,

---

gationes geſagt wird, daß nur dolus zu ihrer praestatio gehörig und in ihrem iudicium zu verfolgen ſei, hätte man ſich noch eher auf L. 27. §. 29. D. ad Leg. Aquil. berufen können, aber freilich kann zwar wohl ein ausdrückliches pactum conventum ſo gut auf die obligatio ex delicto, mit welcher es die Lex Aquilia zu thun hat, als auf die obligatio ex contractu Einfluß haben, und die praestatio der culpa zugleich bei jedem andern, ohne daß daraus gefolgert werden könnte, die beiden obligationes hätten auch ohne dieſes medium beſtändigen Einfluß auf einander. Vergl. L. 13. §. 5. locat. Die von Thibaut Pandectenſyſtem §. 964. not. h. angeführten L. 1. §. 1. D. si mens. fals. mod. dix. L. 41. §. 1. D. de re iud. L. 18. §. 3. de donat. könnten vielleicht Zweifel erregen, wenn ſie nicht gerade von einem facere ſprächen, welches, wie oben gezeigt worden, gar nicht unter die Lex Aquilia gehört. L. 14. §. 11. de furt. vollends redet ſichtlich von einem Falle verletzter custodia, alſo einer culpa in non faciendo, wenn aber *Gensler* exercitatt. iur. civil. ad doctrin. de culpa fasc. I. Jenae 1813. pag. 23. not. 1. in dem eben angeführten Fragment die Worte: cum non est contra eum civilis actio, und ebenfalls in L. 14. D. de precar. die Worte: quia nulla eo nomine iuris civilis actio esset, als beweiſend heraushebt, ſo möchte dieſes ſchwerlich den Sinn haben, daß bei ſo verliehenen Sachen niemals ein einzelnes factum vorkommen könne, welches unter eine actio civilis gehört, ſondern nur ſo viel ſagen, daß nur für das precarium als ſolches, und ſeinem ganzen Gebiete nach, keine actio civilis vorhanden war. In L. 14. §. 11. de furtis iſt davon die Rede, daß der rogans wegen des Diebſtahls eines Dritten nicht durch eine Civilklage in Anſpruch genommen werden könne; hier gab es in der That aber auch keine ſolche; in L. 14. de precar. ſollte gezeigt werden, daß das Interdict nicht unnöthig geweſen: nöthig war es aber immer, wenn auch nur ein einziger Fall vorkommen konnte, in dem keine Civilklage eintrat, vergl. L. 13. §. 2. de usufr. Wollte man jene Worte ſo allgemein nehmen, wie der genannte Schriftſteller, ſo würde folgen, daß, auch wenn der precario verliehene Sklave von dem Beſitzer muthwillig getödtet wurde, man nur das Interdict, und weder das iudicium Legis Aquiliae, noch das iudicium Legis Corneliae de sicariis anwenden könne. Der aus L. 54. §. 2. D. de A. R. D. hergenommene

ein durch geringere Verſehen bewirktes Nichtleiſten, anerkennen. Bei dieſen nun iſt die Unterſcheidung zwiſchen Aquiliſcher und außeraquiliſcher culpa von Wichtigkeit. Auf dieſen Unterſchied kommt es nämlich deswegen an, weil einige von dieſen Contracten zum Theil die Entſchuldigung zulaſſen, daß man in eigenen Angelegenheiten eben ſo nachläſſig zu ſein pflege. Man ſieht leicht, daß, ſobald es Regel iſt, ein Contract laſſe Nachläſſigkeit zu, ein beſonderer poſitiver Grund vorhanden ſein müſſe, weswegen dieſe oder jene Nachläſſigkeit nicht dahin gehören könne. Nun dünkt mich aber, müſſe es von ſelbſt einleuchten, daß, wenn eine Handlung ſo geartet iſt, daß ſie ſchon an ſich der allgemeinen Bürgerpflicht widerſtreitet, und ſie nun noch die Nichterfüllung einer obligatio bewirkt, ſie aber in genere nichts enthält, was die obligatio ausſchließen könnte, in specie mehr dafür, als dagegen ſein muß, daß die aus der obligatio entſtehende Klage auch auf ſie gerichtet werden könne. Die obligatio duldet im Ganzen keine Nachläſſigkeit; iſt nun aus Nachläſſigkeit geſchadet, iſt dieſe Beſchädigung an ſich widerrechtlich, warum ſollte ſie nicht widerrechtlich ſein, auch in ſofern ſie die zur obligatio gehörige Leiſtung hindert? Wenn nun durch das Aquiliſche Geſetz die Nachläſſigkeit in ihrem ganzen Umfange, der ſich bis an den casus fortuitus erſtreckt, verpönt iſt, ſo folgt von ſelbſt, daß ſelbſt die kleinſte Nachläſſigkeit, welche in die Aquilia gehört, auch in dieſe obligatio fallen müſſe. Mich dünkt, hier iſt der Schluß von dem einen aufs andere vollkommen gültig, ohne daß die beiden ganz verſchieden fundirten iudicia vermiſcht werden. Nicht ſo beim depositum; die Verletzung einer deponirten Sache aus Nachläſſigkeit bleibt immer culpa, mit Rückſicht auf die Aquilia, aber das iudicium depositi erkennt

---

Grund wird ſich leicht aus dem widerlegen laſſen, was in der Folge über den wahren Sinn dieſes Fragments wird geſagt werden. Was noch Emminghaus, Höpfner u. ſ. w. aus der Natur der Sache argumentiren, kann man füglich mit Stillſchweigen übergehen.

diese Imputationsart überhaupt nicht an, es erfordert dolus, diese culpa ist also nicht culpa in so fern, und weil sie die Nichtleistung hindert. Dagegen haben es jene Contracte auch mit Nachlässigkeit zu thun, und man müßte um eine Nachlässigkeit nicht contractwidrig zu finden, annehmen, daß sie contractmäßig sei; wie kann dies aber sein, wenn sie schon ohne alle obligatio eine imputable Widerrechtlichkeit enthielte, und nun noch dazu die Leistung hindert? Sie muß hier um so mehr beides, widerrechtlich und imputable, mithin im vollsten Sinn culpa sein. Bei der societas, zum Exempel, gehört es ohne Frage zur Leistung, die der Contract mit sich führt, daß eine bloß zum Gebrauch für Societätszwecke hingegebene eigenthümliche Sache, nach aufgelöster Societät, wieder zurückgegeben werde, nun ward diese Sache durch eine leichte Nachlässigkeit zerstört, dies dürfte, abgesehen von aller Societät, schon nicht geschehen, warum sollte dies von dem auch Nachlässigkeiten in sich aufnehmenden iudicium pro socio ausgeschlossen sein, da es doch seinem wesentlichen Inhalt, welcher auf die volle Leistung geht, widerstreitet? Der einzig mögliche Einwand, der hier jemals Statt haben könnte, wäre der, daß man mit eigenen Sachen eben so nachlässig umzugehen pflege, aber dieser kann unter diesen Umständen niemals gehört werden, da er sich überhaupt immer darauf stützen muß, daß man billiger Weise von uns nicht mehr erwarten konnte, als den Fleiß, der uns gewöhnlich ist. Das kann man aber billiger und vernünftiger Weise allemal von einem jeden erwarten, daß er zum Nachtheil einer Forderung das nicht thue, was er ohnehin ohne alle Forderung nicht thun durfte, und die Anstrengung und Sorgfalt mit Hinsicht auf eine obligatio anwende, welche er schon jedem Mitbürger als solchem schuldig ist. Durch diese Vergleichung wird die Unabhängigkeit beider iudicia von einander gar nicht gestört, und der charakteristische Unterschied der fundamenta agendi beider Klagen nicht im geringsten verschoben; es wird nur daraus, daß schon aus dem einen Gesichtspunkt etwas culpa ist, geschlossen und mit

Recht geschlossen, daß es aus dem andern nicht weniger culpa sei. Die Frage, worauf es ankommt, ist immer die: Kann hier ein Grund sein, die Regel des Contracts so zu beschränken? und diese ist mit Nein zu beantworten. Dies wird nun noch durch eine Gesetzstelle bestätigt, welche zugleich die Zulässigkeit jenes Schlusses und die Unabhängigkeit der beiden iudicia von einander zu erkennen gibt. Es ist

L. 10. pr. D. communi divid. Paulus libr. 23. ad Edictum.
Item, quamvis Legis Aquiliae actio in heredem non competat, tamen hoc iudicio heres socii praestat, si quid defunctus in re communi admisit, quo nomine Legis Aquiliae actio nascitur.

Es ist bekannt auf der einen Seite, daß bei der communio nur diligentia quam suis präſtirt wird, auf der andern, daß die actio Legis Aquiliae als poenalis gar nicht gegen die Erben geht; dennoch soll, sobald gegen die L. Aquilia die res communis verletzt worden, ohne Einschränkung die actio communi dividundo Statt finden, und zwar, obgleich die actio Legis Aquiliae selbst nicht gegen den Erben Statt findet, auch gegen diesen. Es ist also erwiesen, daß die Aquilische culpa in einem Contractsverhältniß die sonstigen Einschränkungen desselben in Hinsicht des Umfanges der culpa nicht anerkennt, ein Beweis, der gerade bei der culpa in faciendo noch zu erwarten steht.

§. 38.

Eine ganz andere Gestalt nimmt die Sache an, wenn von solchen Versehen die Rede ist, welche nicht an sich widerrechtlich sind, sondern es erst durch die obligatio werden: hier geht das Unrechtmäßige schlechterdings nur so weit, als die obligatio geht, und alles was darüber hinausliegt, ist rechtmäßig. Die Frage also, ob Beschädigungen, die zur Aquilia nicht gehören, die also an sich nicht widerrechtlich sind, zu imputiren, hängt lediglich von der Frage ab, wie weit man durch den Contract verpflichtet wurde, mit Aufwendung seiner Kräfte

dafür zu streben, daß den Andern kein Schaden treffe: es gibt hier keine andere Rücksicht, welche auf die Beantwortung jener Frage Einfluß haben könnte. Hat man sich also zur Aufbewahrung einer Sache (custodia s. l.) verpflichtet, und man ist dabei zum Schaden des Andern nachlässig gewesen, so fragt sich immer zunächst, wie weit ging nach der Natur des Contracts die Verpflichtung zum Fleiß, ging sie auf das Aeußerste, was jemals im Allgemeinen vernünftiger Weise verlangt werden kann, oder lag es im Sinne der Parthei, sich nur zu dem verbindlich zu machen, was man in eigenen Angelegenheiten gewöhnlich zu leisten pflegt? Hat jemand ferner fremde Geschäfte geführt, ganz fremde oder gemeinschaftliche, er mochte nun durch einen Contract oder eine dem ähnliche Uebernahme sich dazu verbindlich gemacht haben, oder die Verpflichtung mochte erst durch die Geschäftsführung selbst entstanden sein, und hat er dabei eine Nachlässigkeit begangen, so ist es an sich gleich, ob er in der Ausübung eines einzelnen Geschäfts nachlässig war, oder ob er aus Nachlässigkeit ein Geschäft liegen ließ, das mit der einmal übernommenen Geschäftsführung zusammenhing, und die Untersuchung muß hier durchweg darauf gerichtet werden, wie weit hier der Fleiß geht, den die obligatio erfordert. Denn so wenig die Aquilia mit der Bewahrung einer Sache, so wenig hat sie zu thun mit irgend einer Geschäftsführung, und nur beifällig kann sie zur Anwendung kommen, wenn die zu bewahrende, oder die zum Zweck der Geschäftsführung in unsern Händen sich befindende Sache von uns selbst verletzt wird. Dieser Fleiß nun, diese Thätigkeit zum Vortheil eines Andern, da auch Schaden für einen Andern abwenden, Vortheil bringen heißt, und zumal bei einer Geschäftsführung nicht bloß Vermeidung eigentlichen Schadens, sondern auch Erzielung des durch pflichtmäßigen Fleiß möglichen Gewinns zur obligatio gehört — kann mit Recht eine Beflissenheit im eigentlichen und vorzüglichen Verstande genannt werden, denn außer einer obligatio darf sich niemand für einen Andern befleißigen; wie oben vorgekommen und es kaum eines Beweises

bedurfte; die Nothwendigkeit derselben wird erst mit der obligatio selbst geboren, und die allgemeine Bürgerpflicht kennt dergleichen nicht, und eben darum auch nicht die Aquilia. Deshalb nennt denn auch der Römer, mit einem allgemeinen Namen, was von Fleiße mit der Aquilia nichts zu thun hat, zusammenfassend, *diligentia*; jedoch in dieser allgemeinen Bedeutung nicht gern ohne einen näher bestimmenden Beisatz. Ohne allen Beisatz versteht er unter diesem Wort den letzten Grad solcher Beflissenheit, welcher also das Aeußerste, was man an diligentia von einem fleißigen Manne verlangen kann, mit andern Worten das Extrem der Imputation bei dem, was allein von einer obligatio abhängt, in sich schließt, gerade wie auch culpa im engern Sinn überhaupt culpa levis, und custodia im vorzüglichen Sinn, diligentia omnis in costodiendo heißt. Gegen diese Beflissenheit konnte man sich demnach nicht bloß durch non facere, sondern auch durch facere versündigen, in so fern die dazu gehörige Thätigkeit den Vortheil oder die Schadensabwendung nicht hervorbrachte, welche die obligatio verlangte, und dieses aus Schuld des Thätigen herrührte: solches war einerlei und nur bei der Aquilia kommt weder die Sache noch das Wort jemals vor.

§. 39.

Nur wenige Contracte wußten nichts von diligentia, z. B. das depositum: hier war bloß alles darauf abgesehen, daß arge Gesinnung (dolus) verbannt werde, das iudicium sollte gar nicht auf Fleiß gehen, daher einmal die Nachlässigkeit, welche bei Verletzung anvertrauter Sachen vorkam, der Aquilia überlassen, Unterlassung einer diligentia aber als gänzlich schuldfrei betrachtet wurde. Was davon herübergezogen wurde, ward nicht als versäumte Beflissenheit, sondern deswegen herüber gezogen; weil arge Gesinnung dabei vorauszusetzen war. Die übrigen Contracte hingegen, und bei weitem die meisten, erkannten im Allgemeinen Verbindlichkeit zum Fleiße an, verwarfen

im Allgemeinen Nachläſſigkeit als culpa, ließen daher die Aquiliſche culpa immer in vollem Umfange zu, und nur in Hinſicht des beſondern Fleißes, wie ihn zuerſt die beſondere obligatio erheiſchte, alſo der eigentlichen Befliſſenheit, trennten ſie ſich in zwei verſchiedene Claſſen, von denen die eine bloß diligentiam, quam suis rebus, quis adhibere solet, die andere diligentiam ſchlechthin oder diligentiam diligentis patrisfamilias, oder, was wieder daſſelbe ſagt, diligentiam omnem erforderte. Das Gegentheil einer jeden ſolchen diligentia war Nachläſſigkeit, und eine ſolche Nachläſſigkeit war in der Claſſe, wohin ſie gehörte, immer culpa. Unterlaſſung eines ſolchen beſondern Fleißes war nur eine species culpae, und culpa umfaßt beides, Aquiliſche und außeraquiliſche Schuld. Hierbei iſt aber Folgendes nicht zu überſehen.

1) In der erſten Claſſe iſt alles, was an Befliſſenheit über die diligentia quam suis etc. hinausliegt, gar kein Gegenſtand der obligatio, mithin auch nicht culpa. Denn alles hängt hier, wie geſagt, von dem Verpflichtungsverhältniß ab: alles, was nicht von dieſem erfordert wird, iſt nicht Pflicht, folglich das Gegentheil nicht unrechtmäßig: culpa iſt aber ohne Unregelmäßigkeit nicht denkbar. Daher denn bei den dahin gehörigen Contracten die Römer Unterlaſſung des in eignen Sachen nicht gewöhnlichen Fleißes nicht leicht culpa nennen, ſondern es oft deutlich genug zu verſtehen geben, daß ſie dieſelbe als ſchuldlos betrachten. Nur ganz uneigentlich kann dies Wort hier ſo gebraucht werden, etwa wie man auch von culpa und imputatio bei ſelbſtzugefügtem Schaden ſpricht, welches denn nichts weiter heißt, als die Urſache des Schadens iſt in ihm ſelbſt zu ſuchen, er hat ſich den ſchädlichen Erfolg ſelbſt zuzuſchreiben. Damit eine Handlung widerrechtlich ſei, iſt ja nicht bloß erforderlich, daß ſie in irgend einer Beziehung zuzurechnen ſei, ſondern daß ſie es in der Beziehung ſei, von welcher gerade die Rede iſt. Aquiliſche culpa iſt allemal und unverändert

culpa, nur die dort vorkommende imputatio ist eine absolute; ob eine besondere Klage sonst noch auf sie mit gerichtet sei, kann ihre selbstständige Natur nicht ändern: alle imputatio, welche die Beflissenheit und ihr Gegentheil angeht, nimmt dagegen immer einen relativen Charakter an, und es ist nur das culpa, nur das imputable, was bei dem vorliegenden negotium zu imputiren ist, gleichviel, ob es bei einem andern negotium zugerechnet werden könnte oder nicht. Die societas imputirt nur Unterlassung der Beflissenheit, die man in eignen Angelegenheiten anzuwenden pflegt; hat der socius diese angewandt, und es war ihm nichts vorzuwerfen, als daß er nur nicht so fleißig gewesen, wie ein diligens paterfamilias gemeinhin zu sein pflegt, so ist er ohne Schuld, obgleich dieser Vorwurf bei vielen Contracten, z. B. beim Commodat völlig hinreichen würde, um dieselbe Person als schuldig darzustellen. Daraus folgt denn ferner:

2) die Begriffe culpa und negligentia, so verwandt sie in genere sind, können doch in specie sehr verschieden sein, und coincidiren ihrem Umfange nach keineswegs. Die negligentia nämlich schließt nur absolute Nichtimputabilität (man verzeihe das Wort, bis man ein besseres gefunden) aus, sie gränzt immer unmittelbar an den casus an, an das, was nun und nimmermehr zu imputiren ist; die culpa dagegen schließt auch relative Nichtimputabilität aus; nur da, wo alles bis auf den casus zugerechnet wird, stößt sie unmittelbar an diesen, also bei der Aquilia und bei den Contracten, welche diligentia im vollsten Sinn erfordern. Wo aber nicht alle Beflissenheit erheischt wird, da geht die culpa auch nur so weit wie diese; sie läßt also noch eine Lücke zwischen sich und dem casus, welche die nichtimputable Nachlässigkeit ausfüllt.

3) Bei den Contracten der ersten Classe ist es nicht nöthig, um die diligentia quam suis etc. ihnen zu unterwerfen,

daß man an den dolosen Charakter des Gegentheils erinnere, wie es z. B. beim depositum nöthig war; denn wenn ein Contract einmal negligentia, selbst außer dolus zuläßt, so versteht es sich von selbst, daß in Beziehung auf Beflissenheit nicht weniger als diejenige Nachlässigkeit prästirt werden kann, welche nicht einmal in eigenen Sachen uns zur Gewohnheit geworden 1).

§. 40.

Ehe wir die hierher gehörigen Gesetzstellen betrachten, und darnach auch die bisher aufgestellten Behauptungen einer besondern Prüfung unterwerfen, ist es noch voraus nöthig, den Begriff und das Wesen der hier so sehr wichtigen diligentia quam suis etc. vollends zu entwickeln, welches allerdings mit nicht geringen Schwierigkeiten verbunden ist, da es bei diesen allgemeinen Erörterungen nicht leicht ist, die an sich ganz verschiedenen Gesichtspunkte immer aus einander zu halten. Sie oder vielmehr ihr Correlat ist schon oben unter dem Namen culpa in concreto 2) (negligentia in suis rebus non consueta)

---

1) S. unten §. 53.

2) Es ist, seitdem ich dieses geschrieben habe, ein neuer Widersacher der culpa in concreto mir bekannt geworden: *Gensler* exercitt. iur. civil. ad doctrin. de culpa. Jenae 1813. pag. 94. etc. Der Verfasser dieser academischen Gelegenheitsschrift sieht die Bestimmung, daß in gewissen Fällen jemand nicht verantwortlich sein solle, wenn ein von ihm begangenes leichtes Versehen in seinen eigenen Angelegenheiten auch wohl vorzukommen pflege, als ein privilegium favorabile an, und meint, es sei ja gefährlich, z. B. den negligens socius zu begünstigen, denn nun würde ja ein jeder sich befleißigen, in seinen eigenen Sachen den Trägen und Uebereilten zu machen, oder sich doch vor zu großer Beflissenheit in Acht nehmen, um nicht durch seinen eigenen Fleiß bei fremden Sachen in solche Calamitäten zu kommen; das wäre ja eine wahre Lockspeise der Faulheit: „privilegium istud favorabile commutaretur in *odiosum ac fere intolerabile*. Sane quilibet civis caveret, ne diligentissimus paterfamilias haberetur. Hoc enim ipso suam conditionem

vorgekommen, und es ist im Allgemeinen bemerkt worden, der Grund, weswegen sie als grobe Schuld und fraus s. l. angesehen werde, sei der, weil darin eine Geringschätzung fremder Sachen im Verhältniß zu eigenen liege. Auch ergibt sich schon aus dem Obigen, daß sie keinesweges als dolus s. str. oder dolus praesumtus anzusehen, da der Fall, wo einer mit dem Bewußtsein, es müsse Schaden daraus erfolgen, die fremde Angelegenheit den eigenen nachstellte, nicht hierher gehört. Was aber jene Geringschätzung betrifft, so kann man hier wohl mit Recht weiter nach dem Grunde des Grundes fragen, und da muß man zuvörderst nicht außer Acht lassen, daß es zur culpa in concreto noch keinesweges hinreicht, wenn man ein oder das andere Mal in eigenen Angelegenheiten, sei es auch in einem sehr ähnlichen Falle, fleißiger gewesen, als man es nun gerade zuletzt für das fremde Interesse gewesen. Was man einmal gewesen, pflegt man noch nicht zu sein, dies Wort, und das gleichbedeutende solet zeigt das Gewöhnliche, Vorherrschende an: nur also wo ein Fehler begangen worden, den man fast durchaus im Seinigen vermeidet, hat man die Verbindlichkeit zur diligentia quam suis etc. verletzt. So wenig nach dem, was oben ausgeführt worden, da, wo omnis culpa prästirt wird, Ausnahmen von Unfleiß, die beim diligens paterfamilias, solchen in abstracto betrachtet, wohl einmal einzeln in eignen Sachen vorkommen, den obligatus in fremden entschuldigen können, so wenig können den im Ganzen Nachlässigen, da wo nur culpa in concreto gefordert wird, Ausnahmen vom höchsten Fleiß

---

prae ceteris civibus duriorem efficeret et profecto civibus dissolutis similis videri mallet etc. Diese leider von den Römern außer Acht gelassene Idee verdiente wohl von künftigen Gesetz-Commissionen berücksichtigt zu werden: und wie wäre es, wenn man die Sache umkehrte, und z. B. dem Vormunde, der in seinen Dingen recht vorzüglich fleißig wäre, das Privilegium gäbe, eine kleine Nachlässigkeit in Pupillensachen solle ihm schon nachgesehen werden; wer wüßte, ob eine solche Vorschrift nicht manchen Trägen fleißig machen würde?!

zum Schuldner machen, aber wiederum kann es auch diesen nicht entschuldigen, wenn er in einem seltnen Ausnahmsfall von seiner gewohnten Weise früher eben so in einer eigenen Angelegenheit, wie nun in der fremden abwich. Selbst wenn zu gleicher Zeit in fremder oder in eigner Sache aber ausnahmsweise gefehlt wurde, ist noch keine negligentia suis rebus consueta vorhanden 1). Auf der andern Seite ist es aber auch wieder nicht nothwendig, daß jemals derselbe Fall 2) in eignen Sachen vorgekommen, es ist genug, wenn in diesen ein herrschender Grad von Nachlässigkeit erwiesen werden kann, welcher im vorliegenden Fall die bewiesene Uebereilung, Unbedachtsamkeit, Trägheit erwarten läßt. Nur freilich ist es die Thätigkeit des Individuums im Ganzen am wenigsten, was hier feste Vergleichspunkte abgeben kann, und es reicht hin, wenn nur in derselben Art der Thätigkeit sich Fleiß oder Nachlässigkeit durchweg gezeigt hat. So kann es denn geschehen, daß ein im Ganzen fleißiger Hausvater sich damit entschuldigen kann, daß er in diesem Stück nachlässig zu sein pflege, und dagegen ein im Ganzen nachlässiger dadurch verantwortlich

1) Vorzüglich ist dies klar, wenn die beiden Handlungen bald auf einander folgten, denn wer heute einen Fehler zu bereuen hat und denselben morgen wieder begeht, ist doppelter Streiche werth. — Damit wird nicht geläugnet, daß sich manchmal die culpa in concreto durch Vergleichung weniger einzelnen Handlungen ausmitteln lasse, es kommt nur darauf an, ob sie charakteristisch sind. Wäre jenes anders, so müßte Cocceius (Anhang 2. no. II.) Recht haben, wenn er bei der societas die culpa in concreto anders betrachtet wissen will, als beim depositum etc.; denn dort führt man ja pro parte immer sein eigenes Geschäft. Aber auch umgekehrt ist es viel zu beschränkt, wenn *Bachov* ad *Treutler*. disput. 10. thes. 5. lit. D. in F. nur dann die culpa in concreto vollaus gelten lassen will, wenn einer zu gleicher Zeit sein eigenes Interesse wahrnimmt, und das fremde vernachlässigt; nur freilich ist hier die Sache in continenti klar. S. im Text das Ende dieses Paragraphen.

2) An ähnlichen Fällen muß es freilich nicht fehlen, weil sonst alle Vergleichung wegfällt.

werde, daß er gerade in dieser Art der Thätigkeit ausnahmsweise fleißig zu sein pflegt, wodurch denn die Schuld um so eher vergrößert und verkleinert wird: und gerade werden diese Fälle die häufigsten, wenn nicht die einzigen sein, da, wie gesagt, es sonst an einem Vergleichungspunkt fehlen würde.

Hat man nun dieses festgesetzt, so kann nicht zweifelhaft bleiben, daß jene Geringschätzung aus solcher culpa wirklich hervorgehe. Denn zuerst kann man mit Recht schließen, daß wer in eignen Angelegenheiten einen gewissen Grad der Anstrengung aufzubieten pflegt, um Schaden zu verhüten, die Einsicht besitzen muß, daß wenigstens dieser Grad nöthig sei, damit der Verlust nicht erfolge; man kann also auch in der Regel annehmen, daß er sich in dem Augenblick der Handlung der Gefahr bewußt war, aber nur zu wenig die bloß dem fremden Eigenthum drohende scheute. Aber wenn auch aus den Umständen sich ergeben sollte, daß in jenem Augenblick dies Bewußtsein nicht vorhanden war, so folgt doch schon daraus ungebührliche Gleichgültigkeit gegen fremdes Gut, daß seine Gemüthsstimmung es ihm zuließ, sich eine Erkenntniß bei fremden Sachen nicht gegenwärtig zu erhalten, die ihm sonst durchaus und wenigstens fast immer in eignen Angelegenheiten vorschwebte. Man sieht, die Ansicht war herrschend in dieser Materie: das Fremde muß immer in einigem Betracht dem Unsrigen vorgehn, meistens so sehr, daß unbedingter Fleiß erforderlich ist, mag auch ein Fehler im Einzelnen 1) die fleißigsten Menschen wohl in ihrer eigenen Haushaltung einmal übereilen; aufs allerwenigste aber muß das geleistet werden, was einem gerade Handelnden geläufig, und

1) Es muß aber wirklich ein Fehler sein, er muß sich wirklich einmal zu sehr haben gehen lassen, und darüber aus dem Geleise gewichen sein, d. h. er muß gegen seine Weise etwas weniger Fleiß angewandt haben, als den Umständen angemessen gewesen. Ein ganz andrer Fall ist, wenn er schadete, wo nach dem gewöhnlichen Maaß menschlicher Kräfte gerechnet, ein Andrer auch geschadet hätte, wo er sich also regelmäßig verhielt, und nur die Umstände überraschten: Hier ist er schuldlos.

was als herrschende Maxime in seiner eigenen Wirthschaft anzusehen ist. Ganz genau gesprochen kann man also nicht einmal sagen, daß bei der culpa in concreto immer Hintenansetzung fremder Sachen Statt finde, da man streng genommen nicht sagen kann: wer einmal in einem ungewöhnlichen Falle bei einem eignen Geschäft den sonst gewöhnlichen Fleiß nicht beobachtet habe, und nun auch einmal ihn bei einem fremden Geschäft versäumt, schätze dieses geringer als jenes, aber er schätzt es doch immer im Verhältniß zu jenem zu gering, da er ihm ohne Frivolität nicht den Vorzug versagen konnte, von dem oft Geübten und Angewöhnten keine Ausnahme bei demselben zu machen. Doch wird häufig und in der Regel hier jene Herabsetzung unter eignes die wahre Ursache der Fahrlässigkeit sein, und ist dies am sichtlichsten, wenn kurz nach einander oder gar zu gleicher Zeit unter gleichen Umständen die eigne Sache fleißiger und sorgfältiger behandelt wird, als die fremde, und nähert sich gewiß am meisten dem wahren dolus. Ueberhaupt gibt es auch bei der c. i. c. noch wieder Stufen, und in der Regel muß sein: je geringer der zur Abwendung des Schadens, der sich wirklich in fremder Sache ereignet, erforliche Fleiß war, und je größer der dem Schadenden in Eignem gewöhnliche Fleiß war, je mehr also diese beiden Arten des Fleißes von einander abstehen, desto größer ist die Schuld, desto näher dem dolus. Doch machen diese Stufen in der rechtlichen Wirkung keinen Unterschied, und können nur in concreto auf die Ueberzeugung des Richters Einfluß haben 1). Mit zum

1) Ohne Zweifel wird der Richter da, wo ein dolus zu erweisen ist, besonders wo ein beneficium auf Seiten des Prästanten, wie beim depositum, Statt findet, nicht geneigt sein dürfen, eine culpa in concreto anzunehmen, und also auch eine schon etwas sichtlichere Abweichung von der gewohnten Weise zu verlangen haben, aber das läßt sich nicht auf scharfe Gränzen zurückführen, und im Generalisiren geschieht hier ohnehin leicht zu viel. Im vorliegenden Fall wird der verständige geübte Richter schon wissen, was er zu thun hat.

Theil fremden, also gemeinschaftlichen Sachen übrigens verhält es sich hier offenbar eben so, wie mit ganz fremden, um so mehr, da es eine bekannte Erfahrung ist, daß bei den erstern, z. B. bei einer gemeinsamen Erbschaft, Neid und kleinlicher Eigennutz gerade am meisten die Köpfe zu verwirren, und den guten Willen zu lähmen pflegt.

§. 41.

Ferner ist oben dargethan worden, daß Auszeichnung vordem Fleiß eines fleißigen Hausvaters nie verlangt werde. Bei der culpa in concreto könnte man nun versucht werden, den Einwand zu machen, wie wenn nun der, welcher diligentiam quam suis etc. zu leisten hat, sich in eigenen Angelegenheiten vor einem diligens paterfamilias auszuzeichnen pflegt? und allerdings verdient dies berücksichtigt zu werden. Dennoch glaube ich, daß auch hier von keiner Pflicht zur Auszeichnung die Rede sein könne. Wir sind oben die Arten durchgegangen, wie eine Auszeichnung denkbar. Nun muß man nur alle ungewöhnliche Anstrengung für seltene Fälle und was tadelnswerthe Aengstlichkeit für nöthig halten könnte, vorweg nehmen, und ausschließen: so bleibt nur Auszeichnung durch Talent, durch ungewöhnliche Kraft und Fähigkeit übrig; und da behaupte ich nun, daß auch diese Auszeichnung gar nicht hieher gehöre. Früher, wie von der Vergleichung mit dem Fleiße und der Tüchtigkeit Andrer die Rede war, konnten wir mit der Einrede helfen, daß man von niemandem Genie fordern könne, dem es nicht gegeben; damit können wir hier, wo jeder mit sich selbst verglichen werden soll, allerdings nicht ausreichen. Allein wir müssen nur bedenken, daß hier von Fleiß die Rede ist, und daß dieser im Willen, nicht im Talent seinen Sitz hat. Wer fleißig ist, bietet alles auf, was ihm an Kräften und Hülfsmitteln zu Gebote steht, um auf ordentlichem Wege, zu rechter Zeit, nicht übereilt, nicht mit Erschöpfung zu seinem Zwecke zu kommen. Hat er wenig Kräfte, so muß er nur Kleines unternehmen, sonst

liegt gerade sein Unfleiß, seine Sorglosigkeit darin, daß er nicht gehörig erwog, was er vor sich hatte; beschränkt er sich gehörig, so wird er mit ordentlicher Anstrengung, die auch für andere Geschäfte Zeit und Kraft genug übrig läßt, seinen Zweck erreichen, wenn ihn nicht ein unabwendlicher Zufall stört; darüber liegt denn aber nichts hinaus. Hat einer größere Kräfte, so kann er Größeres unternehmen, und er ist nur fleißig, wenn er sie braucht; auch darüber liegt nichts hinaus. Allerdings kann jemand durch ganz vorzügliche Anstrengung die angeborne Kraft erhöhen, das Talent in einem Grade ausbilden, wie es selten gefunden wird; aber wenn es nun zur gegenwärtigen Anwendung kömmt, so kann doch der Fleiß nur darin bestehen, daß er die erworbenen Kräfte zu dem gegebenen Zweck nun auch fleißig gebraucht. Vergleicht man den Fleiß von zwei Leuten, und zwar von beiden in ihren eignen Angelegenheiten, mit einander, so kann die Auszeichnung immer nur in der Assiduität liegen, darin, daß der Eine fortwährend und ohne zu ermatten, einen regelmäßigen, seinen Kräften angemessenen Fleiß beweiset, der Andere eher einmal sich gehen läßt. Jene Beharrlichkeit nun aber ist bei fremden Geschäften immer nothwendig, sobald diligentia diligentis patrisfamilias gefordert wird, da alsdann auch nicht im Einzelnen gefehlt werden darf, keine Ausnahme überall geduldet werden und niemals Compensation des Fleißes mit dem Unfleiße zugelassen wird. In fremden Sachen ist nur der diligens, welcher diligentissimus ist 1), d. h.

1) Donellus meint: diligens und diligentissimus sei eins, „qui enim aliqua in re non adhibet diligentiam, is hactenus diligens non est.“ Er will sagen: der höchste Fleiß muß irgend einen Punkt treffen, wenn man ihn also an jemandem negirt, so muß dieser in diesem Punkt nicht fleißig, oder kein Fleißiger gewesen sein, folglich war er, indem er nicht diligentissimus war, auch zugleich nicht diligens. Dies ist in der That eine enorme Spitzfindigkeit, und keinesweges mein Gedanke, den ich im Text habe ausdrücken wollen. Man muß hier ohne Zweifel den Fleiß im Ganzen betrachten, und die Frage ist immer, ob soviel Aufmerksamkeit verlangt wird,

nur der, welcher nicht ein einziges Mal nachlässig ist, denn bringt dieses einzige Mal seine Nachlässigkeit Schaden hervor, so muß er haften, wenn er auch die ganze übrige Zeit, während welcher die fremde Sache unter seinen Händen lag, fleißig gewesen. Es ist also wohl nicht mit Recht zu bezweifeln, daß außerhalb der diligentia diligentis patrisfamilias nichts mehr imputable sei. Der Richter hat bei dieser auf zweierlei zu sehen, zunächst, ob einer gethan, was ein fleißiger Mann gemeiniglich zu prästiren pflegt, dies ist in der Regel genug; findet sich aber, daß er zu der Sache, wovon die Frage, ein außerordentliches Talent besitzt, so hat er noch ferner darauf zu sehen, wie ein fleißiger Mann mit diesem Talent begabt, sich benommen haben würde. Es kommt hier aber darauf an, worauf man billiger Weise rechnen konnte. Wer einem vorzüglichen Baumeister einen wichtigen Bau anvertraut, kann mit Recht fordern, daß er sein volles Talent anwende, alles in trefflichen Stand zu setzen; thut er das nicht, so handelt er nicht wie ein homo diligens et studiosus paterfamilias, und täuscht er die Erwartung auf eine Art, die sich nachweisen läßt, so muß er den Schaden bessern: dazu bedarf es keiner Vergleichung mit seinem Benehmen in eignen Dingen. Ich erinnere nur noch an das, was oben (§. 26.) über die L. 137. §. 2. 3. D. de V. O. gesagt worden: was ein

---

wie man sie von einem, der im Ganzen diligens oder diligentissimus ist, erwarten kann, aber, auch aus diesem Gesichtspunkte betrachtet, ist hier der Superlativ nicht vom Positiv unterschieden, denn um, wie allenthalben in fremden Sachen erfordert wird, wo diligentia diligentis etc. zur Prästation gehört, in keinem Stücke zu fehlen und Schaden zu stiften, muß man sich hier so geriren, wie ein diligens sich in eigenen Sachen gerirt, nämlich wie ein Mann, der nie vergißt, was gerade zu thun sei, der sich immer in einer gleichförmigen und zweckmäßigen Thätigkeit und Aufmerksamkeit erhält, und sich daher nie versieht, wo sich nicht wahrscheinlich jeder Andere auch versehen haben würde: kurz, der es niemals an sich fehlen läßt. So muß in fremden Sachen immer gehandelt werden, wo nicht angewöhnte Nachlässigkeit entschuldigen kann, und mehr kann man niemals von keinem verlangen.

diligens paterfamilias unter den gegebenen Umständen mit Rücksicht auf die vorhandene geistige und körperliche Kraft vermöge, darauf ist Rücksicht zu nehmen. Anstrengung über die Kräfte ist niemals zu fordern, gesetzt auch, einer habe in eignen Sachen sich bisher über die Gebühr angestrengt: das wird schon aufhören und kann nie zur Gewohnheit werden. — Kurz, wer gewohnt ist, vorzüglich schön, rasch, fortdauernd zu arbeiten, muß es immer so machen, wenn er eine Arbeit übernimmt, bei der es an dem allen gelegen ist, nicht bloß weil er es in eigenen Angelegenheiten etwa auch so macht, er kann hier vielleicht gerade, wie man dies an manchen vortrefflichen Künstlern erfahren, nachlässig sein, indem seine meisten Geschäfte fremde sind; sondern auch schon deswegen, weil diligentia diligentis von ihm gefordert wird, und es jedesmal nachlässig ist, wenn er ohne zufällige Abnahme seiner Kräfte von dieser Gewohnheit abläßt. Er kann sich nicht damit entschuldigen, daß er eben so viel thut, als andre seines Gleichen, denn diese thun, was sie können, und sind darum fleißig, er thut aber nicht, was er kann, und ist darum unfleißig und träge zu nennen. Wäre dies nicht richtig, wie ließe es sich erklären, daß die Römer hiervon ganz geschwiegen, daß sie allenthalben, wo sie die diligentia quam suis etc. der diligentia diligentis etc. gegenüber stellen, die erstere als geringer darstellen 1), daß sie auch bei der Aquilia

1) *Brückner* de culpa quae concretive tal. pag. 32. init. behauptet sehr dreist, bei allen Contracten, bei denen der culpa in concreto gedacht sei, werde auch ausdrücklich gesagt, daß wenn ein Mensch in seinen Sachen ausgezeichnet fleißig (diligentissimus: über das Gewöhnliche hinaus) sei, man ihn auch in fremden Sachen von diesem Grade der Aufmerksamkeit nicht frei sprechen könne, gesetzt auch, die Natur des Contracts erfordere ihn nicht. Diese Verwegenheit muß einen um so mehr Wunder nehmen, da seine ganze Abhandlung fast mit einiger Klarheit und Besonnenheit, und nur etwas mattherzig geschrieben ist. Was jedoch die Klarheit betrifft, so möchte ich nicht viel mehr damit gesagt haben, als daß man bei ihm der Wahrheit und dem Irrthum leicht auf die Spur kommt, was uns dagegen Andre, z. B. Coccejus, schwer genug machen.

niemals von einer culpa in concreto sprechen, welche, ungeachtet die Sorgfalt und Behutsamkeit eines fleißigen Hausvaters angewandt worden, dennoch die Aquilische Klage begründen könne. Nur ein einziges Mal, so viel ich mich erinnere, wird in den Titeln de Lege Aquilia eine Vergleichung mit Sorgfalt bei eignen Sachen erwähnt, ich meine in

L. 39. D. ad L. Aquil. Quintus Mucius scribit: Equa cum in alieno pasceretur, in cogendo, quod praegnans erat, eiecit, quaerebatur, dominus eius possetne cum eo, qui coegisset, Lege Aquilia agere, quia equam in iciendo ruperat. Si percussisset, aut consulto vehementius egisset, visum est agere posse. §. 1. Pomponius: quamvis alienum pecus in agro suo quis deprehindisset, sic illud expellere debet, *quo modo si suum deprehendisset*, quoniam, si quid ex ea re damnum coepit, habet proprias actiones. Itaque qui pecus alienum in agro suo deprehenderit, non iure id includit, nec agere illud aliter debet, quam (ut supra diximus) *quasi suum;* sed vel abigere debet sine damno, vel admonere dominum, ut suum recipiat.

Hier wird aber gar nicht auf das besondere Maaß Rücksicht genommen, welches der gewöhnliche Fleiß dieses oder jenes, der gerade gehandelt, zuläßt, und nur darauf geht culpa in concreto, d. h. die culpa, welche aus der gewöhnlichen Handelsweise eines bestimmten Individuums hervorgeht; sondern es wird die allgemeine Erfahrung zum Grunde gelegt, daß einer sein eigenes Vieh so von der einen Stelle zur andern treiben wird, daß es keinen Schaden leide: das thut jeder gute Hauswirth, also in der Regel ein jeder. Wäre gerade jemand so ein Wütherich gegen eigne Thiere, daß er sie zu Schanden schlüge, wenn sie ihm einmal vorkämen, wo sie nicht hingehören, so würde ihn die Aquilia darum nicht weniger treffen, wenn er eben so seine blinde Wuth an fremden auslassen wollte. Was aber von ungeregeltem Zorne, gilt hier eben so von jeder Wildheit,

gilt eben so von Unklugheit und Leichtsinn. Das quo modo si suum deprehendisset sagt hier also im Grunde dasselbe, was quo modo si bonus et diligens paterfamilias id deprehendisset, ausdrücken würde 1).

§. 42.

Endlich folgt nun aus diesem allen, daß die diligentia quam suis nur zweimal als etwas besonderes in Betracht kommen kann:

1) immer, wenn nur culpa lata prästirt wird, und es sich nun offenbart, daß der Handelnde zwar keine culpa lata in abstracto, aber doch ein Versehen begangen, das ihm bei eignen Sachen nicht vorzukommen pflege, um nämlich aus diesem Grunde auch diese leichtere Schuld durch Gleichstellung mit dolus zur Prästation bringen zu können;

2) wenn im Allgemeinen nicht diligentia diligentis etc. sondern nur diligentia quam suis zu prästiren ist, und nun in casu concreto, diese nicht an jene reicht, d. h. der Handelnde kein diligens paterfamilias zu sein pflegt, denn ist dies anders, so coincidiren beide Arten der diligentia mit einander.

§. 43.

Indem ich mich zur Durchsicht der Quellen wende, sei es mir erlaubt, mich vorläufig noch einmal wieder in die Donell'sche Theorie hinein zu versetzen. Zuvörderst gibt es hier einen Punkt, über den Alle einverstanden sind, daß wenn von dolus und culpa die Rede ist, unter dieser letztern nicht culpa lata, sondern culpa levis verstanden wird. Es würde mir es niemand Dank wissen, wenn ich dieses noch erst beweisen wollte, da diese Bemerkung schon so oft gemacht und mit Gesetzstellen belegt worden, solche Texte auch so häufig sind, daß man jedem, der daran zweifelt, es wohl zumuthen darf, nur die einzelnen Materien und ihre Fragmente durchzugehn, um sich zum Vollen

1) *ueber diligentia quam suis vgl. H. L. Z. a. a. O. S. 723.

davon zu überzeugen. Also, wird culpa dem dolus hinzugefügt, so bedeutet es culpa levis, und die culpa lata ist unter dem dolus begriffen, es ist so gut, als wäre gesagt, es komme sowohl culpa lata, als culpa levis in Betracht, da denn der dolus sich als das maius von selbst versteht. Dies ist ein so entschiedener Sprachgebrauch, daß es davon keine Ausnahme geben kann, sonst müßte die Veränderlichkeit und Unregelmäßigkeit der Ausdrücke und ihrer Bedeutungen gar kein Ziel haben, und die Römischen Juristen hätten eben so gut gehabt, über die culpa kein Wort zu verlieren, als ihren Vortrag darüber so schwankend und wandelbar einzurichten; wenigstens hätte man es dem Tribonianus nie vergeben können, daß er ihnen hier nicht zu Hülfe gekommen. In der That bleiben sie aber auch in diesem Punkt sich selbst und dem so natürlichen Sprachgebrauche immer getreu, und erlauben sich nicht einmal, erst im Allgemeinen zu sagen, es werde dolus und culpa prästirt, und dann erst hinzuzufügen, es sei aber unter culpa hier bloß culpa lata zu verstehen. Nur einmal in L. 22. §. 3. D. ad Sct. Trebell. wird erst von culpa im Allgemeinen geredet, nnd dann sogleich gesagt, es sei culpa dolo proxima zu verstehen; da ist aber auch vorher nicht von dolus die Rede. Um so weniger ist es möglich, und wirklich platthin undenkbar, daß ein Römischer ICtus die culpa außer dem dolus sollte hinausgesetzt haben, ohne Zusatz, ohne Erklärung, und culpa lata (die ja schon mit dem Wort dolus zugleich ausgesprochen war) darunter sollte verstanden haben. Hierüber kann man also wohl die Acten als geschlossen ansehen.

§. 44.

Nun aber über den fernern Sprachgebrauch der Römer in unserer Lehre hat Donell folgende merkwürdige Behauptungen, welche auch von den Verfechtern seiner Theorie bis auf diese Stunde beibehalten werden.

I. Das Wort culpa, wenn es nicht bloß dem dolus oberhalb, sondern auch irgend einer Art der diligentia unterhalb

entgegengesetzt werde, nehme eine specielle Bedeutung an, und heiße culpa in faciendo.

II. So wie diligentia schlechthin, oder diligentia diligentis patrisfamilias, culpa *levis* in non faciendo, so bedeute diligentia quam suis etc. culpa *lata* in non faciendo; heiße es daher, es werde dolus und culpa und diligentia prästirt, so umfasse dieser Ausdruck die culpa levis beider Gattungen; heiße es dagegen nur, es werde dolus und culpa und diligentia quam suis etc. erfordert, so sei damit gesagt, zwar wohl culpa levis in faciendo, aber nur culpa lata, nicht culpa levis in non faciendo gehöre zur Leistung.

Die beiden Behauptungen sind als Grundsteine seiner Theorie anzusehen, und ohne Zweifel sehr genialisch ersonnen. In der That scheinen sie auch auf den ersten Blick viel Licht zu verbreiten, und gewiß, wer sich vorher durch die Fluth von Hypothesen, Irrthümern, wunderlichen Meinungen und willkührlichen Voraussetzungen Anderer (Donell klagt schon über merae nugae) durchgekämpft hat, wird sich freuen, hier endlich Land zu sehen. Wer aber seiner ersten Empfindung nicht zu viel traut, und Zeit und Lust hat, sich weiter umzuschauen, der wird bald gewahr werden, daß er gleichsam noch auf offner See treibe, und noch manche Klippen zu begrüßen habe.

§. 45.

Zuvörderst

zu I; dem Einwande, welchen Donell sich selbst macht, daß die culpa in non faciendo doch auch culpa sei, war noch wohl zu begegnen. Er antwortet, das sei ja etwas ganz gewöhnliches, daß ein Wort in einer Unterabtheilung, einer andern Species entgegengesetzt, seine generelle Bedeutung ablege, und eine specielle annehme, man dürfe nur an adoptio, cognatio, actio denken. Indessen ist es doch bei einem so prägnanten Worte, wie das Wort culpa, immer auffallend, und man fragt nicht mit Unrecht weiter, wie es denn gekommen, daß man gerade

die culpa in faciendo in einem vorzüglichen Sinn culpa genannt. Löhr meint dieses so beantworten zu können 1), „culpa scheine ohnehin schon mehr auf Handlungen hinzuweisen, indem man wohl von der Begehung einer Culpa, nicht aber von der widerrechtlichen Unterlassung der culpa sprechen könne"; ich muß gestehen, daß ich diesmal seinen Gedanken nicht fassen kann. Freilich wer wollte wohl in ehrbarer Schreibart sagen, jemand habe widerrechtlicher Weise eine widerrechtliche Handlung (das ist ja jede culpa) unterlassen? aber warum sollte man nicht auch von dem, der durch Unterlassen gefehlt, in allem Ernste sagen können, er begehe etwas Widerrechtliches, mache sich einer Schuld theilhaftig (culpam committere)? Und wenn man schlechthin sagte, jener hat eine widerrechtliche Handlung 2), eine culpa begangen, sollte man denn nicht noch mit Recht fragen können, worin bestand denn diese culpa, im Thun oder im Lassen? — Die Auflösung ließe sich aber auch, wenn sonst nur die Sache richtig wäre, gar leicht finden. Im Geiste Donells würde ich sagen, Thun sei ärger als Lassen, also recht eigentlich culpa; dies als falsch eingesehen, könnte man vorwenden, Nachlässigkeit, welche schon bei der Aquilia vorkomme, also schon die allgemeine Bürgerpflicht verletze, sei in einem vorzüglichen Sinn culpa; sodann heiße sie ja auch nur so im Gegensatz von besonderer Beflissenheit, der, wie oben gezeigt worden, eben das Wort diligentia zukomme, es liege nur daran, jene durch ein besonderes Wort von dieser species zu unterscheiden, man dürfe das nicht pressen u. s. w.

§. 46.

Allein eine ganz andere Frage ist: redeten die Römer

1) Beiträge S. 153.

2) Ich weiß wohl, daß Löhr, so wie ich Thun, so Handlung dem Unterlassen als species entgegen zu setzen pflegt; ich will mit ihm darüber nicht rechten, aber nach meinem Gefühl ist es richtiger, durch Handlung das unbestimmte genus, durch Thun die bestimmte species zu bezeichnen.

wirklich auch so? und wenn sie einmal so redeten, war es denn aber auch herrschender juristischer Sprachgebrauch? Dem steht entgegen

L. 68. pr. D. de contr. emt. Proculus lib. 6. Epistularum. Si cum fundum venderes, in lege dixisses, quod mercedis nomine a conductore exegisses, id emptori accessurum esse, existimo te in exigendo non solum *bonam fidem*, sed etiam *diligentiam* praestare debere, id est, non solum, ut a te *dolus malus* absit, sed etiam ut *culpa* 1).

Ist es wahr, daß die letzten Worte in einigen alten Codices fehlen, so kam dies wohl nur daher, weil sie den herrschenden Begriffen zu sehr widerstanden. Es konnte aber auch der Grund sein, weil man sie aus Irrthum für ein Glossem hielt, was denn aber alle Wahrscheinlichkeit gegen sich hatte. Beide Erklärungsgründe können auch vereinigt gedacht werden. Dagegen ist es nicht zu begreifen, wie sie als Glossem in den Text des Florentinischen Manuscripts sollten gekommen sein. — Es ist hier offenbar von einer culpa in non faciendo die Rede, und diese wird, sobald sie außer der bona fides liegt, durch diligentia bezeichnet, sodann aber diese durch culpa, die bona fides durch dolus (mit Einschluß der culpa lata) erklärt. Wäre eine solche Erklärung nicht ganz unklug gewesen, wenn man gewohnt gewesen, diligentia und culpa zusammengestellt als zwei verschiedene species anzusehen? wie hätte man getrennte Dinge, eins durchs andere deutlich machen können? Ferner streiten dagegen

L. 72. D. pro socio. Gaius lib. 2. Cottidianarum rerum. Socius socio etiam *culpae* nomine tenetur, *id est*, *desidiae*

---

1) Von den Schlußworten: id est — culpa bemerkt Haloand. am Rande: haec passim fere in antiquis Codd. desunt; so viel ich aber habe erfahren können, stehen sie in allen bekannten editt. vulgatt. Auch in den drei verglichenen Codd. mss. Ohne Zweifel also sind sie echt.

atque 1) negligentiae. Culpa autem non ad *exactissimam diligentiam* dirigenda est 2); sufficit etenim *talem diligentiam* communibus rebus adhibere, *qualem suis rebus adhibere solet*, quia qui parum diligentem sibi socium adquirit, de se queri debet.

§. ult. I. de societate.

Socius socio utrum eo nomine tantum teneatur pro socio actione, si quid dolo commiserit, sicut is qui deponi apud se passus est, *an etiam culpae*, id est, desidiae atque negligentiae nomine, quaesitum est. Praevaluit tamen, etiam culpae nomine teneri eum. Culpa autem non ad exactissimam diligentiam dirigenda est, sufficit enim talem diligentiam communibus rebus adhibere socium, qualem suis rebus adhibere solet, nam qui parum diligentem socium sibi adsumit, de se queri sibique hoc imputare debet.

Die Donell'ſche Auslegung hat hier zweierlei gegen ſich 3), 1) daß, obgleich erſt culpa dem dolus entgegengeſetzt und gleich darauf diligentia erwähnt wird, doch culpa durch desidia und negligentia erklärt wird. Soll dieſe letztere auf eine species der culpa in genere gehen, ſo kann ſie unmöglich auf culpa in faciendo gehen, da Trägheit und Nachläſſigkeit doch ſo offenbar einen negativen Charakter haben 4), daher denn auch Donell ſelbſt ſie mehrmals als Correlat von diligentia, als culpa levis in non faciendo, im Gegenſatz der culpa levis in faciendo auszeichnet. Wie konnte ſie denn hier zur Erklärung irgend einer culpa

1) Das aut, welches einige, nicht alle editt. vulgg. haben, ändert nichts.

2) Vulg. redigenda est. Beides ſagt daſſelbe: darnach abmeſſen, auf das Maaß des höchſten Fleißes zurückführen. Doch ſcheint mir dirigenda est den Vorzug zu verdienen, nicht bloß wegen des Inſtitutionentextes. Auf gleiche Art kommt es vor in L. 54. in f. pr. de act. emt. et vend.

3) Siehe auch noch unten §. 64.

4) Daſſelbe gilt von ῥᾳθυμια und ἀμελεια beim Theophilus h. l.

in faciendo, denn auch die Aquiliſche iſt das immer gebraucht werden, wenn gleich darauf der Grad der Befliſſenheit beſtimmt, und gerade auf den Unterſchied von der culpa in faciendo oder der Aquiliſchen culpa, aufmerkſam gemacht werden ſollte, daß dieſe unbedingt die Befliſſenheit nur unter Beſchränkungen zu präſtiren ſei?

2) Die diligentia wird hier als Inhalt der vorhergenannten culpa behandelt, denn dieſe ſoll nur nicht bis auf das äußerſte Maaß der noch möglicher Weiſe imputablen diligentia ausgedehnt, ſondern auf diligentia quam suis etc. beſchränkt werden, daher denn letztere einen Beſtandtheil derſelben ausmachen muß 1).

§. 47.

Hieran ſchließt ſich ſogleich:

L. 18. pr. D. commodati. Gaius lib. 9. ad Edictum provinciale.

In rebus commodatis talis *diligentia* praestanda est, qualem quisque diligentissimus paterfamilias suis rebus adhibet, ita ut tantum eos casus non praestet, quibus resisti non potest, veluti mortes servorum, quae *sine dolo et culpa* eius accidunt, latronum hostiumve incursus, piratarum insidias, naufragium, incendium, fugas servorum, qui custodiri non solent. — — Haec ita, si dumtaxat accipientis gratia commodata sit res. At si utriusque, veluti

1) Die Worte: culpa autem non ad exactissimam diligentiam dirigenda est, können nicht etwa ſo viel heißen, als: das Wort culpa muß nur nicht ſo verſtanden werden, daß es ſich hier auch, wie ſonſt wohl, auf diligentia bezieht, ſondern es muß bloß als culpa in faciendo verſtanden werden; ſchon darum geht dies nicht, da die Ueberſetzung in negligentia s. desidia ſich nicht damit verträgt. Offenbar liegt auch der Nachdruck auf dem Prädicat exactissima: auf diligentia ſoll wohl die culpa bezogen werden, nur nicht auf die im vorzüglichen Sinn, auf die exactissima, bloß auf die quam suis rebus exhibere consuevit.

si communem amicum ad coenam invitaverimus, tuque eius rei curam suscepisses, et ego tibi argentum commodaverim, scriptum quidem apud quosdam invenio, quasi dolum tantum praestare debeas. Sed videndum est, ne et culpa praestanda sit, ut ita culpae fiat aestimatio, sicut in rebus pignori datis et dotalibus aestimari solet.

Dieſer ſo oft mißverſtandenen Stelle liegt ebenfalls, obgleich verſteckter, ein anderes Verhältniß der culpa zur diligentia, als das angegebene, zum Grunde. Zuerſt, ſagt Gajus, werde beim Commodat der höchſte Fleiß (diligentia diligentissimi) präſtirt, wenn, wie gewöhnlich, nur der Commodator Vortheil davon habe. Dabei werden denn Beiſpiele vom casus, welcher hier allein auszunehmen, angeführt, aber bei einem derſelben: mortes servorum, bemerkt, es müſſe nur kein dolus und keine culpa vorhanden ſein. Hier ſteht dolus und culpa gleich hinter diligentia, und doch wird mit culpa ebenwohl geſagt, es müſſe nicht an diligentia gefehlt haben, denn durch dieſe läßt ſich Lebensgefahr von kranken Sklaven oft abwenden, z. B. wenn man für einen guten Arzt ſorgt. Nun entſteht aber, fährt er fort, die Frage, wie wenn beide Vortheil davon haben, was denn doch ſein kann? Aus der Antwort auf dieſe Frage haben viele heraus dividirt, es gebe drei Grade der culpa, oder Gajus habe doch ſo viele angenommen, ſei aber nur nicht damit durchgedrungen. Wie das möglich war, habe ich immer nicht recht begreifen können. Es iſt hier allerdings von etwas Mittlerem die Rede, aber worin beſteht dieſes? doch gewiß in nichts anderem, als der diligentia quam suis etc. welche doch unmöglich ein beſonderer Grad der culpa ſein kann. In einem Falle wie der, den das Beiſpiel angibt: es hatten ſich ein paar zuſammengethan, um gemeinſchaftlich einen Freund zu tractiren, und zu dieſem gemeinſamen Gebrauch hatte der Eine ſein Silber hergegeben, und dieſes dem Andern, der die Beſorgung und Ausrüſtung allein übernommen, auf ſolche Weiſe geliehen: hatten Einige geglaubt, es ſei nur dolus zu präſtiren, unmöglich

deswegen, weil beide hier Nutzen hatten, denn dann hätten ja die meisten Contracte beim dolus stehen bleiben müssen, nein, deswegen, weil hier offenbar ein Societätsverhältniß obwaltete. Die beiden hatten sich ja zu einem gemeinsamen Zwecke zusammengestellt und verbunden, und für diesen Zweck war dem Einen von dem Andern der Gebrauch der Sache zugestanden worden; was von der societas überhaupt, mußte auch hier gelten; nun behaupteten aber Einige bekanntlich, daß bei der societas nur dolus prästirt würde. Gajus aber ist auch hier wieder, wie im L. 72. D. pro socio 1) der herrschenden Meinung zugethan, daß culpa außer dolus prästirt werden müsse; jedoch müsse diese so geschätzt, so bestimmt werden, wie bei der dos und beim pignus. Dies kann schlechterdings nichts weiter heißen, als was in L. 72. D. pro socio und der Parallelstelle in den Institutionen mit den Worten gesagt wurde: culpa non ad exactissimam diligentiam dirigenda est, sufficit enim talem etc. Dies ist dem Geist der Stelle angemessen, dies der Vergleichung mit der dos, welche hier wahrhaft analog ist, da auch dieser eine Verbindung zu gemeinsamem Zwecke zum Grunde liegt, weshalb sie diligentia quam suis etc. zur Prästation bringt 2). Wie kommt aber das pignus hier hinein? Dies ist eine Frage, auf die ich schlechterdings keine Antwort weiß, und ich glaube, wenn man alle Schwierigkeiten in der Lehre von der culpa überwunden hat, so wird man doch um diese Antwort noch verlegen sein, denn nach allem, was wir im corpus iuris über culpa beim pignus haben, hat dieses weder einige Aehnlichkeit mit dem Falle der Lex, noch hat es diese in Hinsicht der Prästation mit der dos, da es, wie wir gleich noch näher sehen werden, ohne allen Streit diligentia omnis aufnahm. Es ist also, da keine varia lectio vorhanden, ohne Correctur wohl nicht zu helfen,

1) §. 46.

2) L. 17. pr. D. de iure dott. L. 24. §. 5. D. soluto matrimon. cf. L. 11. in f. C. de pactis convent.

und ich halte es für keine der gewaltsamsten, wenn man rebus pignori datis, in rebus societatis verwandelt; wie leicht konnten die drei ersten Sylben beim Dictiren flüchtig ausgesprochen, vom Schreiber willkührlich ergänzt und mit dem gleichklingenden Reim datis verknüpft werden, vornämlich, da auch das vorhergehende Wort rebus zu beiden gleich gut paßte, und da wäre denn alles klar 1). In Rücksicht dessen, worauf es uns hier eigentlich ankam, ist es ziemlich gleichgültig, ob man diese Conjectur sich gefallen lassen will. So viel bleibt immer, daß der Jurist hier die diligentia quam suis etc. in Gedanken hatte, und diese mit dem vorhergehenden Wort culpa in eine Verbindung brachte, welche mit der Donell'schen Terminologie sich nicht verträgt.

§. 48.

Sodann ist nicht zu vereinigen

L. 47. §. 4. 5. D. de legatis I. Ulpianus lib. 22. ad Sabinum.

Idem si res aliena vel hereditaria sine culpa heredis perierit vel non compareat, nihil amplius, quam cavere eum oportebit, sed si *culpa* heredis res perierit, statim damnandus est. §. 5. *Culpa* autem qualiter sit *aestimanda*, videamus, annon solum ea, quae dolo proxima sit, verum etiam quae *levis* est, an numquid et *diligentia* quoque exigenda est ab herede, quod verius est.

In §. 4. ist von dem verschuldeten oder nicht verschuldeten Untergang oder dem Verlorengehen (vel non compareat, also auch wenn sie gestohlen war) einer Sache die Rede, zum sichern

1) Löhr (Beitr. Misc. V.), der bei Erklärung dieses Fragments auch auf die Aehnlichkeit mit der societas aufmerksam macht, hält die, wenn ich mich recht erinnere, schon früher bekannte Aushülfe, daß hier eine mancipatio sub fiducia gemeint sei, für völlig ausreichend; ich muß bekennen, daß sie mich nicht befriedigt hat.

Zeichen, daß culpa hier so gut auf culpa in non faciendo, als auf culpa in faciendo, so gut auf Aquilische als außeraquilische culpa geht. Nach §. 5. soll diese culpa ästimirt werden, und die Frage, ob diligentia dahin gehöre, wird mit zur aestimatio culpae gerechnet; dieser Ausdruck kann aber unmöglich auf ein Absondern unabhängiger Gattungen und ihr Herbeiziehen oder Entfernen bezogen werden. Aestimare culpam heißt vielmehr, den Umfang der culpa als eines Dinges bestimmen, bestimmen, wie weit sie auszudehnen oder worauf sie zu beschränken sei, kurz die culpa abmessen; diligentia wird hier also so gut, wie in L. 72. D. pro socio und §. ult. I. de societate als Bestandtheil der culpa behandelt. Endlich, ist hier ein Gegensatz mit diligentia, ist hier wirklich von einem Mehr und einem Außerhalb die Rede, so ist diligentia nicht der culpa, sondern der culpa *levis* entgegengesetzt, und sie muß also auch mehr sein als diese, und einen Grad über sie hinaus liegen. Ist also keine andere natürliche Erklärungsart möglich, so spricht diese Stelle sehr für diejenigen, welche drei Grade der culpa annehmen, vollends wenn man so gefällig sein wollte, mit Haloander aut statt des zweiten an zu lesen.

Vorzüglich steht ferner entgegen

L. 13. §. 1. D. de pignoratitia actione. Ulpianus lib. 38. ad Edictum.

Venit autem in hac actione et dolus et culpa, ut in commodato, venit et custodia, vis maior non venit.

L. 14. D. eod. Paulus lib. 29. ad Edictum.

Ea igitur, quae diligens paterfamilias in suis rebus praestare solet, a creditore exiguntur.

Daß weder nach dem ursprünglichen, noch nach dem gegenwärtigen Zusammenhange das in §. 1. Gesagte auf den in pr. der L. 13. enthaltenen Fall zu beschränken sei, ist wohl klar genug, und ist gegen Andersdenkende nicht wohl zu streiten. Eben so gewiß ist es aber auch aus andern Gründen, daß die Conjectur at statt ut falsch sei, denn dann käme heraus, daß

die actio pignoratitia die custodia nicht prästiren lasse, was sicher falsch ist 1). Einige haben sich freilich wohl eingebildet, daß die Römischen Juristen darüber gestritten, ob culpa omnis hier zu prästiren sei oder nicht. Allein §. ult. I. q. m. r. c. o. 2) zeigt deutlich, daß nicht hierüber, sondern darüber der Streit war, (wenn es anders ein Streit, und nicht nur zu erwartende Zweifel zu heben waren), ob der creditor auch darunter leiden solle, wenn das Pfand bei ihm durch einen Zufall zu Grunde ging, zwar nicht so, daß er den casus eigentlich zu prästiren, d. h. die aestimatio rei zu erstatten habe, aber doch so weit, daß er seine Forderung verliere (ut impediatur creditum petere). Diese hatten vermuthlich 3) Einige bejahet, oder wenigstens

---

1) L. 19. C. de pignorib. et hypothecis: Sicut vim maiorem pignorum creditor praestare non habet necesse, ita dolum et culpam, sed et custodiam exhibere cogitur. (Das sed fehlt beim Haloander). Ein stringenter Beweis liegt auch darin, daß der creditor pignoratitius auch wegen seiner Verbindlichkeit zur custodia die actio furti hat. S. unten — die Conjectur hat Noodt probabil. L. 1. c. 4. §. 1.

2) Creditor quoque qui pignus accepit, re obligatur, quia et ipse de ea re, quam accepit, restituenda tenetur actione pignoratitia. Sed quia pignus utriusque gratia datur, et debitoris, quo magis pecunia ei credatur, et creditoris, quo magis ei in tuto sit creditum, *placuit sufficere,* si ad eam custodiendam exactam diligentiam adhibeat: quam si praestiterit, et aliquo *fortuito casu rem amiserit, securum esse, nec impediri creditum petere.*

3) Diese Vermuthung wird noch wahrscheinlicher, wenn man weiß, daß man in Deutschland ehemals allgemein so dachte, wie die schon oben angeführten Statuten bezeugen. Die herrschenden Vorstellungen waren hier gerade entgegengesetzt. Der Deutsche ließ den creditor seine Forderung immer verlieren, wenn er sie sich durch Verabredung nicht ausdrücklich salvirt hatte, der Römer verlangte eine ausdrückliche Clausel, wenn sie verloren gehen sollte. L. 6. C. de pignoratit. act. Quae fortuitis casibus accidunt, cum praevideri non potuerint (in quibus etiam aggressura latronum est), nullo bonae fidei iudicio praestantur: et ideo creditor pignora, quae huiusmodi casu interierint, praestare non compellitur; *nec a petitione*

war es doch zur Discussion gekommen, im §. ult. aber wird es verneint, aus dem Grunde, weil ja auch der debitor hier nicht ohne Vortheil sei, darum sei es genug, wenn er allen Fleiß auf die Bewahrung der Sache verwandt habe. Es muß also bei der allgemeinen Lesart ut vor in commodato sein Bewenden haben 1), womit denn freilich die Donell'sche Ansicht sich schlecht verträgt. Darnach würde die Pfandklage mit dem Commodat gerade darin verglichen, daß sie auch die culpa levis in faciendo (nach unserer Ansicht die Aquilische) zulasse. Nun sollte aber diese Vergleichung wohl nicht müßig stehen, in der That ist sie aber, so verstanden, ohne alle Bedeutung: denn das hat die bei weitem größte Zahl der Contracte, nur ein paar ausgenommen, mit dem pignus und mit dem Commodat gemein. Sodann, wenn nun also custodia (ein Theil der diligentia) etwas besonderes und von culpa verschiedenes sein soll, so gewinnt durch diese Zusammenstellung: culpa ut in commodato, venit et custodia, vis maior non venit, die Sache das Ansehen, als wenn das Commodat die custodia nicht anerkenne, und die Beflissenheit nicht bis an den reinen casus (vis maior) prästiren lasse, was eine reine Absurdität sein würde 2).

---

debiti submovetur, nisi inter contrahentes placuerit, ut amissio pignorum liberet debitorem. Zuverlässig war dies letzte der zweifelhafte Punkt, über den vorzüglich vorgefragt war, und Alexand. Sever. sich zu erklären hatte. — Es würde jedoch eine vergebliche Untersuchung sein, ob die Römer oder die Deutschen in diesem Punkt Recht gehabt, man muß vielmehr sagen, sie hatten beide Recht, denn das alte Deutsche Pfandrecht war ein anderes, obgleich verwandtes Institut, was aber hier weiter auszuführen nicht der Ort ist. — *Bei näherer Untersuchung ist noch zu vergleichen L. 3. D. de pact.

1) *Damit stimmten auch die Basiliken überein, wie Le Brun p. 88. bemerkt.

2) *Gensler* exercitat. ad doctrin. de culpa fasc. I. Jenae 1813. pag. 76. 79. construirt: Venit autem in hac actione et dolus et culpa. Ut in commodato venit et custodia, und wirklich hat er an Wächtler einen Vorgänger s. unten §. 76. die letzte Note in f. Dann ist freilich diese Schwierigkeit schnell und leicht gehoben.

Dies sind nun aber gerade die meisten von den bedeutenderen Stellen, bei denen die Terminologie des Donell angewandt wurde, und unter seinen Voraussetzungen angewandt werden mußte. Die übrigen, bei denen sie zum Theil eben so wenig passen will, werden mit den Gründen: warum nicht? in der Folge vorkommen.

§. 49.

Wir wenden uns jetzt zu II). Hier müssen wir den oben als allgemein zugestanden erwähnten Satz, daß culpa außer dolus gestellt, auf culpa levis gehe, herüberziehen; so entsteht hier gleich

1) die Schwierigkeit, daß in L. 72. D. pro socio und §. ult. I. de societate, wie oben gezeigt worden, die diligentia quam suis als Bestandtheil derselben culpa behandelt wird, von der kurz vorher gesagt wurde, daß auch sie, nicht bloß dolus, prästirt werde, und daß sie von einer bloßen Nachlässigkeit oder Trägheit, also von einem Versehen aus Schwäche, ohne Arges zu verstehen sei. Dies wird noch klarer, wenn man gleich die L. 18. pr. D. commod. und was oben darüber bemerkt worden, damit vergleicht.

2) Ist es, wenn diligentia quam suis in der vorausgesetzten Verbindung dolus heißt, und auch dem Namen nach dahin gehört, unbegreiflich, wie bei Fällen, wo eben von omissio diligentiae die Rede ist, doch besonders bemerkt wird, es werde darin culpa außer dolus prästirt.

L. 52. §. 1. 2. 3. 11. D. pro socio. Ulpianus lib. 31. ad Edictum.

Venit autem in hoc iudicio pro socio bona fides. §. 2. Utrum ergo *tantum dolum*, *an etiam culpam* praestare socium oporteat, quaeritur. Et Celsus lib. 7. Digestorum ita scripsit: socios inter se *dolum et culpam* praestare oportet.

Si in coeunda societate (inquit) artem operamve pollicitus est alter, veluti cum pecus in commune pascendum, aut agrum olitori 1) damus in commune quaerendis fructibus; nimirum ibi etiam culpa praestanda est, pretium enim operae artis est velamentum 2).

Quodsi rei *communi* socius *nocuit*, *magis* admittit, culpam quoque venire §. 3. Damna, quae imprudentibus accidunt, hoc est, damna fatalia, socii non cogentur praestare. Ideoque si pecus aestimatum datum sit, et id latrocinio aut incendio perierit, commune damnum est, *si nihil dolo aut culpa acciderit* eius, qui aestimatum pecus acceperit. Quodsi a furibus subreptum sit, proprium eius detrimentum est, quia *custodiam* praestare debuit, qui aestimatum accepit. Haec vera sunt, et pro socio erit actio, si modo societatis contrahendae causa pascenda data sunt quamvis aestimata §. 11. Si qui societatem ad emendum coierint, deinde res alterius *dolo vel culpa* empta *non* sit, pro socio esse actionem constat. Plane, si conditio sit adiecta, „si intra illum diem veniret," et dies *sine culpa* socii praeterierit, cessabit actio pro socio.

---

1) Flor. politori v. *Bynkershoek* Lib. III. c. 9. *S. aber Nonius Marcellus I. 339. Cato de R. R. c. 136. Gesner ad Non. l. c. Schneider in script. rei rust. I. p. 175. — *Man hat ſich nach H. A. L. Z. März 1818. No. 68. S. 540. darunter eine Art von Feldbaumeiſter zu denken, der zu den gemeinen Feldarbeitern in einem ähnlicher Weiſe höhern Verhältniſſe ſtand, wie bei dem Maurer- und Zimmerhandwerke der Palier oder Polierer zu dem bloßen Geſellen. Uebrigens war es entweder ein Sklave oder ein gewöhnlicher Miethling (durch locatio conductio gedungen) oder ein colonus partiarius (alſo socius), wo man ihm denn nach Verhältniß der Güte des Bodens den 8ten, 7ten oder 6ten Scheffel u. ſ. w. als Antheil überließ.

2) Man mag nun glauben mit dieſer Lesart auskommen zu können oder nicht, ſo iſt der beabſichtigte Sinn doch immer der: die Geſchicklichkeit des Mannes in der Gartenkunſt war es, was der Andere, der ſein Land hergab, bei

Vorzüglich es ist der §. 11., welcher hierher gehört, aber nicht bloß dieser, sondern der Zusammenhang der ganzen Stelle, so wie sie hier ausgezogen worden, zeigt, was wir wollen, einmal, daß hier culpa außer dolus nicht auf Aquilische culpa allein gehe, und sodann, daß auch die diligentia quam suis etc. dahin gezählt werde. Schon die Allgemeinheit, womit die Frage, ob bei einem solchen bonae fidei negotium, wie die societas sei, dolus allein oder auch culpa prästirt werde, aufgeworfen wird, scheint deutlich zu verrathen, daß die eben so allgemein, und ohne Erwähnung der Beflissenheit und ihrer Einschränkung bei der societas, gegebene Antwort auf den ganzen complexus der dabei vorkommenden culpa, also auch mit auf die omissio diligentiae s. l. gehen müsse. Damit man aber nicht etwa glaube, daß die diligentia quam suis etc. hier unter dem Wort dolus versteckt sei, so folgt gleich ein besonderer zur Erörterung herausgehobener Fall, in dem die Frage auf praestatio culpae gestellt ist, und doch vornämlich omissio diligentiae berücksichtigt werden mußte. Einer der Vieh hat, gibt es dem Andern hin, damit dieser es weide, und beiden der Vortheil gemeinsam werde, oder er gibt einem Andern ein Stück Land hin, damit dieser, der die Kunst versteht, es als Garten bebaue, und die Früchte dann gemeinsam werden. Auch hier soll die actio pro socio wegen culpa angestellt werden können. Die Hauptversehen, die hier in Betracht kommen, sind doch die, da sich jener das Vieh stehlen lassen, oder für gute Weide nicht gehörige Sorge getragen, dieser so träge und nachlässig bei der Bestellung gewesen, daß der Garten nicht genug eingetragen; freilich gehören auch die Fälle dahin, da er das Vieh selbst beschädigt, und das Stück Land so bestellt, daß der Boden selbst verschlechtert worden, aber daran ist doch wohl gewiß am wenigsten oder gar nicht gedacht worden, und doch ist nur im letztern Fall eine

---

Eingehung der societas berücksichtigte. — *Vergl. Gai. III. §. 149. in fin. — Statt velamentum lesen andre Mss. levamentum.

Aquiliſche culpa vorhanden. Der Zweifel entſtand bloß daher, weil man ehemals darüber ſtritt, ob ſolche Fälle, da von einer Seite bloß operae beigetragen worden, auch überall zur societas gehörten 1).

Hatte der socius nun gar, heißt es ferner, eine gemeinſchaftliche Sache beſchädigt, ſo muß um ſo viel mehr auch culpa durch die actio pro socio verfolgt werden können, darum nämlich, weil jener Zweifel hier wegfällt, und dies ohnehin ſchon rechtswidrig iſt, wie die Aquilia ausweiſet.

Nun folgt die Frage, ob hier auch der Zufall präſtirt werden könne (d. h. ohne beſondere ausdrückliche Verabredung) und wird dies allgemein und noch beſonders für den Fall verneint, da man auf die obige Art, und alſo societatis contrahendae causa Vieh hingegeben, und zwar dieſes ſogleich taxirt worden. Werde dies geſtohlen, ſo müſſe er allerdings (in der Regel) haften, da er zur custodia verpflichtet ſei, d. h. diligentia im ſtrengſten Sinne leiſten müſſe; werde es dagegen mit offener Gewalt geraubt oder brenne es auf, ſo ſei er in der Regel nicht, und nur dann verantwortlich, wenn er erweislich Vorkehrungen und Anſtalten treffen konnte, die die vis maior hätten abwenden können, und es nicht that. Dieſe ausnahmsweiſe eintretende Schuld wird hier wieder dolus aut culpa genannt. Endlich wird im §. 11. ein Fall zur Sprache gebracht, der offenbar weder eine Aquiliſche culpa, noch irgend eine culpa in faciendo zuläßt, ſondern ſicher nur eine omissio diligentiae; zwei socii verbinden ſich, eine Sache zu kaufen, der Eine, der ſie kaufen ſoll, zögert ſo lange, bis ſie nicht mehr feil iſt. Hat er dies *dolo vel culpa* gethan, ſo iſt er zu belangen, und nur wenn die Umſtände ergeben, daß er keine culpa begangen (si sine culpa dies praeterierit), ſoll die actio pro socio wegfallen 2).

---

1) L. 1. C. pro socio. Dioclet. et Max. Societatem, uno pecuniam conferente, alio operam, posse contrahi, magis obtinuit.

2) Schon das unbeſtimmte Wort culpa zeigt, daß Löhr Beitr. p. 150.

Hier kann doch die praestatio nur auf diligentia quam suis gehen, und doch wird, damit diese nicht eintrete, Entfernung alles dolus und außerdem aller culpa (levis) verlangt.

Es sind also in diesem einen Fragment Fälle von aller Art der Verschuldung unter einander gemischt, und immer ist dabei von derselben culpa außer dolus die Rede, wenn man nicht etwa annehmen will, daß die Römer hier die verschiedenen Bedeutungen eines Worts wie Karten unter einander gemengt haben.

§. 50.

Die Tutel, so gut wie die societas, läßt nur diligentia quam suis präſtiren 1); dennoch gibt es hier viele Stellen, welche culpa außer dolus offenbar auf Unterlassung der schuldigen Beflissenheit beziehen, ohne daß nur eine Spur von einer Singularität angetroffen wird. Dahin gehören die schon von Andern angeführten

L. 39. §. 7. D. de administr. tut. Papinianus lib. 5. responsorum.

Rerum provincialium tutores, in urbe causas appellationis impuberum agentes, rerum Italicarum curatores ut impuberibus constituantur *ad officium suum* revocare debent; alioquin, si prius in provinciam redierint, *dolum aut culpam* eorum in ea *quoque* parte recte iudex conveniet.

L. 57. pr. D. eod. Scaevola lib. 10. Digest. Chirographis debitorum incendio exustis, cum ex inventario tutores convenire eos possent ad solvendam pecuniam, aut novationem faciendam cogere, cum idem circa proprios 2)

---

hier irrig eine Singularität vermuthet; wie wäre es möglich, daß Ulpian dies durch nichts sollte angedeutet haben. Wollte man in dieser Lehre auf bloße Vermuthung hin Abweichungen von der Regel annehmen, so wäre es freilich ein leichtes, hier alles auszugleichen, und alle Hindernisse zu heben.

1) L. 1. pr. D. de tutelae et rat. d.

2) Diese Lesart (wenigstens eine alte gute Coniectur) ist wohl ohne

debitores propter eundem casum fecissent, id omisissent circa debitores pupillorum; an si quid propter hanc cessationem eorum pupilli damnum contraxerunt, iudicio tutelae consequantur? Respondit, si adprobatum fuerit, eos tutores hoc *per dolum vel culpam* praetermisisse, praestari ab his hoc debere.

Das letzte Fragment ist noch deswegen merkwürdig, weil durch die Anführung eines größern Fleißes in eigner Angelegenheit auf die omissio diligentiae quam suis hingedeutet wird, und dann doch von dolus vel culpa wieder die Rede ist. Die Zahl solcher Stellen bei der Tutel läßt sich auch leicht noch vermehren 1), z. B.

L. 23. C. eod. Constantinus A. Felici. Si tutoris, vel curatoris *culpa vel dolo*, eo quod vectigal praedio emphyteutico impositum minime dependere voluissent, minoris praedium fuerit amissum, damnum quod ei contigit ex substantia eorum resarciri necesse est.

Vorzüglich wichtig ist freilich noch die schon von Schömann angewandte

L. 7. C. arbitr. tut. Diocletianus et Maximianus AA. et

Zweifel der Florentinischen priores vorzuziehen, da sonst ein ganz irrelevanter Umstand eingemischt wäre, und der Gegenstand mit debitores pupillorum keinen Sinn haben würde. So lesen Senneton (Lugd. 1550.) Paris. 1529 f. Paris. 1548. 8. Lugd. 1575. ibid. 1604. Baudoza; dagegen priores Ven. 1477. Mediol. 1482. Paris. 1510. 4. Cod. ms. Regiom. et Hafn. de Tortis 1495. 1497. so auch Dig. infort. ex edit. Nic. Ienson Venet. 1476., also freilich gerade die älteren, die Ausg. Lugd. 1604. liest im Text priores, bemerkt aber, daß proprios besser sei, wenn gleich priores die auctoritatem omnium Codicum für sich habe. Wäre diese Lesart richtig, so müßte doch ein gleiches factum und dieselbe ratio decidendi zum Grunde liegen, und der Ausdruck wäre nur fehlerhaft und unbestimmt.

1) Es sind noch außer der im Text angeführten dahin zu zählen L. 25. L. 39. §. 2. 3. 13. D. de administr. tut. L. 10, L. 12. C. eod. Allenthalben ist bei der Tutel mehr von culpa als von dolus die Rede.

CC. Alexandro. Quicquid tutoris dolo vel lata culpa *aut levi*, seu curatoris, minores amiserint, *vel cum possent non adquisierint*, hoc in tutelae seu negotiorum gestorum utile iudicium venire, non est incerti iuris.

Hier wird doch gar zu offenbar die culpa außer dolus, welche diesmal sogar ausdrücklich culpa *levis* genannt wird, auf die ganze Administration: was sie verloren, was sie nicht gewannen, da sie konnten, bezogen, als daß man noch sollte ausbeugen können. Es ließe sich allenfalls noch ein Fall herausklügeln, da auch das Nichtgewinnen durch ein facere geschähe: etwa der Vormund repudiirt ausdrücklich die dem Unmündigen angefallene Erbschaft oder läßt sie ihn repudiiren; aber theils wird hier allgemein geredet, und sollte auch alles zusammengefaßt werden, so, daß daher nicht an diesen Fall besonders gedacht worden, theils ist es hier auch recht sonnenklar, daß das facere dem non facere gleichsteht, denn ist es nicht völlig einerlei, ob er geradezu repudiirte, oder die ihm gesetzte Antretungsfrist absichtlich verstreichen ließ 1)? Die Nachlässigkeit muß nämlich darin gesetzt werden, daß er vorher nicht fleißig genug untersuchte, und aus Uebereilung sich in den Kopf setzte, die Antretung sei nicht vortheilhaft. Von einer Aquilischen culpa kann hier nun vollends gar nicht die Rede sein 2). Ferner

---

1) Vergl. L. 67. §. 6. D. de ritu nupt.

2) Bei Donellus stehen L. 1. pr. D. de tutel. et rat. und L. 7. C. arbitr. tut. immer freundnachbarlich zusammen; er scheint also kaum einmal eine Ahnung davon gehabt zu haben, daß sie sich nach seiner Vorstellungsart nicht mit einander vertragen wollen; ja er erklärt vielmehr am Ende die eine durch die andere, und nimmt, um alles auszugleichen, die L. 7. §. 2. D. de administr. tut. hinzu, wo, „cum distinctius quaeritur, ob *quam* culpam levem, etiamne eam, quae *in negligendo* sit (tutor teneatur), diserte scriptum est, tutores solum *latam* negligentiam praestare debere.“

Hier ist der große Mann doch wohl etwas gar zu flüchtig zu Werke gegangen. Aber diese Stellen widerstanden auch gar zu hartnäckig dem schönen System.

§. 51.

3) widerſtreitet es der Donell'ſchen Anſicht, daß in Fällen der diligentia quam suis etc. doch geſagt wird, es dürfe gar keine culpa vorhanden ſein, damit der in Anſpruch genommene befreit werde.

Ein Beiſpiel haben wir oben in L. 52. pro socio ſchon kennen gelernt, ein anderes enthält

L. 18. in f. D. solut. matrim. Pomponius lib. 16. ad Sabinum.

Caeterum si circa interitum rei dotalis *dolus* malus *et culpa mariti absit*, actiones solas, quas eo nomine haberet, praestandas mulieri, veluti furti, vel damni iniuriae.

Die Klagen, welche hier angegeben werden, zeigen ſchon an, daß bei interitus rei nicht bloß an Zerſtörung durch eigene verſchuldete oder ſchuldloſe Handlungen gedacht wurde; ſondern beſonders auch daran, wenn die Sache entwandt wurde (actio furti), und dies durch custodia, durch Schutz hätte abgewandt oder nicht abgewandt werden können, oder wenn ſie von einem Dritten beſchädigt wurde, (Actio Legis Aquiliae), wogegen unter Umſtänden ebenfalls Vorkehrungen möglich ſind.

Dies iſt nun offenbar Sache der Befliſſenheit, wie läßt ſich denn nun aber hier die Negation aller *culpa* mit der auf diligentia quam suis etc. bei der dos beſchränkten Präſtation reimen?

Endlich

4) muß es auffallen, daß in Fällen der diligentia quam suis etc., insbeſondere bei der Tutel die Verantwortlichkeit bis zum casus hinaufgeführt zu werden ſcheint, z. B.

L. 3. §. 7. D. de contraria tutelae. Ulpianus lib. 36. ad Edict.

Sufficit tutori, bene et diligenter negotia gessisse, etsi eventum adversum habuit quod gestum est.

L. 4. C. de periculo tutor. Impp. Philippus A. et Philippus C. Floro.

Tutoribus vel curatoribus fortuitos casus, adversus quos caveri non potuit, imputari non oportere, saepe rescriptum est 1).

Die häufigen Rescripte über diesen Punkt zeigen, daß hier in Rücksicht auf die ganze Administration die Verantwortlichkeit dicht an den Zufall hinan geschoben wurde und daß, wie L. 3. zu verstehen gibt, nur wenn er ganz seine Pflicht als fleißiger und gewissenhafter Mann gethan, ihn ein Unfall weiter nicht berühren konnte.

§. 52.

Man wird sich zuverlässig diesen Schwierigkeiten 2) nicht redlich entziehen können, wenn man hier nicht von ganz andern Gesichtspunkten ausgeht, und den Wortverstand und Redegebrauch ganz anders bestimmt, als Donell es gethan hat. Folgende Entwickelung wird, wie ich zu hoffen wage, aus diesem Labyrinth heraus helfen.

A. Nichts ist einfacher als das System der Römer über culpa. Sie kannten nur eine durchgreifende Eintheilung der culpa, in einem einzigen Sinne. Sie unterschieden zwischen culpa lata und culpa levis. Jene war vorhanden, wenn jemandem wenigstens der Vorwurf gemacht werden konnte, er habe nicht beobachtet, was sonst alle beobachten, was auch der zu beobachten pflegt, der sonst im Ganzen für nachlässig gelten kann. Diese fand Statt, wenn den Schuldigen nicht jener, wohl aber der Vorwurf traf, daß er nicht beobachtet habe, was ein recht tüchtiger und durchaus fleißiger Hausvater beobachtet haben würde. Im Verhältnisse zu der culpa lata war der Begriff

---

1) S. auch L. 14. in f. L. 50. D. de administr. tutor. — Daß der Schluß: es wird casus verneint, also muß nichts weiter zu verneinen sein, mithin das Aeußerste prästirt werden, richtig sei, dafür konnte man noch, wenn es dazu eines Textes bedürfte, L. 17. §. 4. D. de praescr. verb. in f. anführen, wo Ulpian recht deutlich denselben Schluß macht.

2) S. auch noch unt. §. 69. und §. 72. in f.

der culpa levis also bloß negativ, und nur im Verhältniß zu dem casus positiv, indem sie die Gränze der Imputation bestimmte. Die culpa lata war den rechtlichen Wirkungen nach dem dolus gleichgestellt, obgleich dem Begriffe nach davon verschieden, und nur uneigentlich so genannt. Die culpa levis hieß gewöhnlich culpa schlechthin im Gegensatz von dolus, und ist dies die engste Bedeutung von culpa. Die culpa lata ward nie so genannt ohne einen näher bezeichnenden Zusatz, z. B. culpa dolo proxima, culpa latior etc. und nur wenn culpa einmal in einer der weitern Bedeutungen, welche wir eben kennen gelernt haben, gebraucht wurde, war die culpa lata und der dolus mit darin begriffen: dahin gehört auch, wenn etwa bemerkt wird, daß bei einem Geschäft zwar culpa, aber nur die lata prästirt werde. Dieser Eintheilung der culpa aber nach dem Gesichtspunkt, den die Heutigen mit den Worten: in abstracto, zu bezeichnen pflegen, liegt allein zum Grunde, was die Römer über culpa vortragen, und sie verlassen den dabei gebräuchlichen Wortsinn nie. Ihre Prästationslehre geht immer und allemal davon aus.

Bei der culpa lata nun war es durchaus gleichgültig, ob auch zugleich aus einem andern Gesichtspunkte, nämlich demjenigen, welchen man heut zu Tage durch: in concreto, ausdrückt, gefehlt worden, also das grobe Versehen auch in eignen Sachen des Handelnden vorzukommen pflege, denn wo die culpa lata nur eine Materie hatte, da ward sie so gut wie der dolus allemal prästirt. Dagegen konnte bei der *culpa levis* jener Gesichtspunkt von Belang sein, er konnte es, sage ich, denn er war es keinesweges durchaus, sondern nur bei einzelnen Contracten und in einzelnen Fällen, nämlich theils wenn nur dolus und culpa lata zu prästiren war, theils wenn die Beflissenheit nicht schlechterdings vollaus, sondern nur bis zur diligentia quam suis prästirt wurde: jenes, weil dann die Nachlässigkeit, welche die im Eignen gewöhnliche übertraf, dem dolus und der culpa lata gleichstand; dieses, weil dann der Nachlässige, bei

der außeraquilischen culpa, wenn sie ihm nur in eignen Sachen gewöhnlich war, entschuldigt werden konnte.

Jener Gleichstellung wegen nun könnte es niemanden Wunder nehmen, wenn im Eignen ausgeschlossene culpa levis, in fremder Sache vorkommend ein und das andere Mal culpa lata auch genannt würde, obgleich im Begriff von ihr eben sowohl als diese vom dolus verschieden; in der That aber geschieht dies, so viel ich bemerken können, nirgends, obgleich Andere es wollen gesehen haben: sondern die Römer begnügen sich bei den bloß dolus und culpa lata zulassenden Contracten mit der Bemerkung, daß auch culpa oder negligentia levis, wenn man im Eignen sorgfältiger sei, dem dolus oder der culpa lata juristisch gleich zu schätzen, da auch hierin eine Art fraus verborgen liege. Dies gilt nun aber hier so gut, wenn die negligentia bei einer Handlung vorgekommen, welche schon bei der Aquilia culpa ist, als wenn bloß von Unterlassung besonderer Beflissenheit die Rede war; auch gilt es unbedingt beim Fleißigen so gut, als beim Unfleißigen.

§. 53.

Im Gegentheil außerhalb dieser Contracte, welche bloß mit dolus zu thun haben, mithin sobald culpa levis im Allgemeinen zugelassen wird, verhält sich die Sache etwas anders, denn einmal kommt hier, wie schon erwähnt worden, der concretive Charakter der culpa levis nur beim Nachlässigen zur Sprache; sodann geht er die Aquilische culpa gar nichts mehr an, daher er hier nur in der Gestalt der *diligentia* quam suis etc. erscheint. Endlich ist es hier, wie ebenfalls schon oben bemerkt worden, im Ganzen von gar keinem Belang, daß die culpa in concreto den Wirkungen nach zur culpa lata hinaufgehoben werden kann 1), denn sie wird hier schon als culpa

1) Indem man diesen Unterschied der Klassen verkannte, aber doch die vielen Stellen nicht ganz übersehen konnte, in welchen die negligentia suis

levis präſtirt, und kommt nur als die diligentia, d. h. die außeraquiliſche culpa levis beſchränkend vor. Nur in einem Betracht iſt auch hier jene Gleichſtellung merkwürdig, nämlich, wenn davon die Frage, ob der, welcher diligentia quam etc. zu präſtiren, die actio furti im Fall eines Diebſtahls anſtellen könne; hier iſt es wichtig zu wiſſen, daß in der Unterlaſſung derſelben eine gewiſſe fraus liege, ſo daß man ſich hier alſo in gewiſſem Sinn auf eignen dolus berufen müßte. Davon das Weitere unten. Nur bei jenen Contracten alſo, nicht bei dieſen erwähnen die Römer einer ſolchen Gleichſtellung.

Nun erklärt es ſich denn aber auch leicht, daß die Römer öfters bei der Societas, der Tutel u. ſ. w. in Fällen der diligentia quam suis etc. von einer culpa außer dolus ſprechen, und die Verabſäumung ſolcher Befliſſenheit als culpa levis auftreten laſſen: ſie ſollte hier als ſolche gelten, und war nichts weiter als eine mehr beſchränkte außeraquiliſche culpa levis. Damit iſt denn die Schwierigkeit unter no. 2. zu II. gehoben, aber auch die Behauptung unter II ſelbſt aus dem Wege geräumt.

§. 54.

Endlich wird dieſes alles erſt recht klar und verſtändlich, wenn man den Redegebrauch der Römer hier genauer beachtet. Stellen dieſe nämlich eine Art der diligentia, gleichviel, welche, die diligentia diligentis etc. oder die diligentia quam suis etc. oder die Befliſſenheit überhaupt der culpa außer dolus gegenüber, ſo geſchieht dies nicht, um ſie davon als eine verſchiedene

---

rebus non consueta als culpa levis behandelt wird, geriethen Manche auf den beſondern Einfall, daß die Verabſäumung des im Eignen gewöhnlichen Fleißes im Bewahren nur beim depositum, wo das Bewahren ſo recht eigentlich die Hauptſache ſei, culpa lata, bei den übrigen aber, wo es nur ſo nebenbei und per subsequens vorkomme, bloß culpa levis ſei, ohne ſich dadurch irre machen zu laſſen, daß bei den übrigen Contracten doch im Ganzen eine höhere diligentia in custodiendo erfordert wird. Dahin gehören *Delrio* und *Prousteau* ad tit. de R. I., und Burgius elect. c. 12. u. ſ. w.

species von der andern, sondern um sie von ihr als species von ihrem genus zu unterscheiden.

Heißt es daher bei der societas, der socius hafte auch wegen culpa, culpa sei aber nicht bis zum äußersten Fleiße auszudehnen, diligentia quam suis sei genug, oder beim Commodatum utriusque causa contractum, die culpa sei hier wie bei der dos zu schätzen, also auf diligentia quam suis zu beschränken; so würde dies ausführlich so lauten: das Rechtsverhältniß läßt nicht allein dolus, sondern auch culpa in engster Bedeutung d. h. culpa levis zu, was aber diejenige species des genus culpa betrifft, welche auf Verbindlichkeit zu besonderer Beflissenheit beruht, so wird diese nicht (wie die Aquilische culpa) unbedingt und in vollem Maaße prästirt, sondern es ist genug, wenn nur ausgemacht ist, es sei diligentia quam suis etc. prästirt worden. Umgekehrt, wenn allgemein erst von culpa die Rede ist, und nun, wie in L. 47. de legat. I. 1) die Frage aufgeworfen wird, wie ist die culpa zu schätzen, gehört bloß culpa lata, gehört auch levis, gehört etwa auch diligentia dahin? und nun die Antwort dahin ausfällt, daß alles dieses zu der hier in Betracht kommenden culpa gehöre; so sagt dies mit andern Worten so viel als: es ist hier nicht bloß culpa lata, sondern auch culpa levis, von dieser in specie nicht etwa bloß diligentia quam suis etc. zu prästiren, sondern auch selbst das Aeußerste der Beflissenheit, die diligentia s. str. gehört hier zur culpa, und ist in diesem Falle als ihr Bestandtheil anzusehen. Daß die Römer hier nicht so ausführlich sprachen, kam daher, weil sie dessen nicht bedurften: ihnen war das Verhältniß der diligentia zur culpa bekannt, und daher das Verständniß leicht. Was die Unsrigen aber hier zu einer andern Auslegung verleitete, waren die Worte, wodurch sie jene Ausdrücke verknüpft sahen: et, etiam, sed etiam, et quidem etiam, oder bei einer Frage: an numquid et — diese, meinte man, gingen auf ein

1) S. oben §. 48. init.

außerhalb, eine diligentia, die über die culpa als plus hinaus liege 1); dies ist aber durchaus nicht nöthig, denn auf ähnliche Art werden auch diligentia und custodia 2), die doch ohne Zweifel sich wie genus und species verhalten, und selbst Ausdrücke, die dasselbe mit einem andern Wort wiederholen, verknüpft 3), insbesondere aber kann die Verbindung durch auch füglich ausdrücken, daß das genus und auch die species prästirt wird; und zwar kann dieses auch entweder bloß die species herausheben sollen, wie dies in den Gesetzstellen der Fall ist, welche sagen, es sei culpa und auch diligentia quam suis zu prästiren 4), oder es kann sich auch als ein plus auf die andere geringere species der Beflissenheit beziehen. Dies letztere wird leicht die Meinung sein, wenn gesagt werden soll, es sei nicht genug an diligentia quam suis etc. sondern auch diligentia diligentis werde prästirt, es sei auch diese hier Bestandtheil der culpa. Man muß nur bemerken, daß die Schulausdrücke: in specie, in genere, „den Römern nicht geläufig waren" 5).

---

1) Am vernehmlichsten hat sich so ausgesprochen *Cujacius* Quaest. *Papin.* ad L. 72. §. 3. D. de condit., und ad Africanum Tract. 5. ad L. 108. §. 12. D. de legat. I. In der letzteren Stelle sagt er: „si accipientis sola utilitas versetur, ut in commodato, tantum abest, ut dolus solum praestetur, ut *plus* etiam praestetur, quam in his, quibus utriusque utilitas vertitur, id est, *praeter culpam* diligentia et custodia exactissima. Haben sich die Römischen Juristen wohl jemals so ausgedrückt, und konnten sie es?

2) L. 36. D. de actt. e. v. Vergl. auch L. 4. D. de eo qui pro tutore.

3) L. 22. §. 4. D. de pignor. act. L. 2. C. de in lit. iur.

4) L. 17. pr. D. de iure dotium. Paulus lib. 7. ad Sabinum. In rebus dotalibus virum praestare oportet tam dolum quam culpam, quia causa sua dotem accipit, sed *etiam* diligentiam praestabit, *quam in suis rebus* exhibet.

5) Gerade so heißt es am Ende der L. 5. §. 1. D. ad L. Aquil. iniuriam hic damnum accipiemus culpa datum, *etiam* ab eo, qui nocere noluit.

Verhielte ſich die Sache nicht ſo, wie geſagt worden, ſo fände man wohl einmal hier die recht eigentlich ein außerhalb oder mehr anzeigenden Ausdrücke ultra, praeter, insuper, amplius, non solum, sed etiam, tam — quam, non minus, quam, quod plus est etc. aber davon zwiſchen culpa und diligentia nichts; wie oft dagegen heißt es non solum dolum sed et culpam — tam dolum, quam culpam 1), und was ſehr merkwürdig iſt, es fehlen ſolche Ausdrücke nicht, wo einmal die diligentia dem dolus oder was dann daſſelbe ſagt, der bona fides oder der culpa lata entgegen geſetzt worden.

So heißt es z. B. in der ſchon angeführten 2) L. 68. pr. D. de contr. emt. Existimo, te in exigendo non solum bonam fidem, sed etiam diligentiam praestare debere; in L. 6. D. de administr. rer. ad civit. pertin.: Magistratus rei publicae non dolum *solummodo*, *sed et* latam negligentiam, *et hoc amplius* etiam diligentiam debent, in L. 10. §. 1. D. commodati — si mei causa dedi, dolum mihi *tantum* praestabit, si sui, *et* custodiam etc.

§. 55.

Auf dieſe Weiſe erhält nun erſt L. 13. §. 1. L. 14. D. de pignor. act. 3) ihr volles Licht.

Sie heißt nun: bei dieſer Klage wird ſowohl dolus als culpa, gerade wie beim Commodat präſtirt, ſo daß in specie auch custodia präſtirt wird; nur allein die vis maior iſt ausgeſchloſſen; folglich wird vom creditor (wie vom Commodator) verlangt, was ein fleißiger Familienvater in eignen Dingen zu leiſten pflegt.

Nun ſieht man auch ein, wie in L. 68. pr. D. de contr.

---

1) Auch tam dolum, quam culpam *latam* kommt vor in L. 17. C. de negot. gest.

2) Oben S. 152. u. f. w.

3) Oben §. 48. g. d. E.

emt. 1): diligentia durch culpa außer dolus erklärt werden kann, was sich sonst schlechterdings nicht begreifen ließe, denn wirklich wird, wo diligentia, eben culpa im vollsten Wortsinn prästirt. Man wird dadurch verständigt, daß diligentiam praestare so viel heiße, es müsse das Gegentheil derselben, culpa (omnis), nicht vorhanden sein, wenn man ohne Verantwortung bleiben wolle.

Nach diesem Redegebrauch müssen nun auch die übrigen Gesetzstellen, worin solche Ausdrücke vorkommen, gedeutet werden, z. B.

L. 19. C. de pignoribus. Impp. Diocletianus et Maximianus A. A. et C. C. Maximo.

Sicut vim maiorem pignorum creditor praestare non habet necesse, ita dolum et culpam, sed et custodiam exhibere cogitur.

Dolus und culpa, aber in specie auch custodia ist zu prästiren: nicht bloß diligentia quam suis etc. sondern auch diligentia diligentis etc. mithin auch ihr Theil, custodia, gehört hier zur *culpa*.

L. 1. §. 35. depositi. Ulpianus lib. 30. ad Edictum.

Saepe evenit, ut res deposita vel nummi periculo sint eius, apud quem deponuntur: utputa si hoc nominatim convenit, sed et si se quis deposito obtulit, idem Iulianus scribit, periculo se depositi illigasse, *ita tamen, ut non solum dolum, sed etiam culpam et custodiam praestet*, non tamen casus fortuitos.

Nicht das periculum casus, wohl aber das periculum culpae, welches hier dolus und culpa, so wie diese hier ferner die custodia begreift, soll prästirt werden u. s. w. Denn wenn auch diese Stellen, für sich betrachtet, allenfalls eine andere Auslegung zuließen, so dulden sie doch so viele andere, wo dieselben Ausdrücke und Wortfügungen vorkommen, nicht, und

1) Oben §. 46. init.

es ist hier, wie überall, eine sehr natürliche Regel, daß man so wenig die Wortbedeutungen als die Gesichtspunkte unnöthiger Weise häufen muß, eine Regel, die sicher von den Römern beobachtet worden. Andere Stellen, wodurch sich unsere Auslegung noch mehr bewährt, kommen noch nachher vor, und besonders wird sich an den so berühmten L. 23. d. R. I. und L. 5. D. commodati zeigen lassen, wie ersprießlich und unentbehrlich sie sei.

Damit wäre denn aber die ganze no. I. nebst ihren Schwierigkeiten und Einwürfen, nicht weniger die zu II. 1. geäußerte Bedenklichkeit beseitigt.

§. 56.

B. Wo culpa außer dolus überhaupt, aber nur diligentia quam suis etc. zu prästiren ist, da ist, was die Beflissenheit betrifft, über die diligentia quam suis etc. hinaus, gar keine culpa vorhanden. Dieser Satz ist schon oben §. 39. aus der Natur der Sache deducirt worden, er macht es nun aber auch noch mehr verständlich, warum in jedem Fall zu bemerken war, daß entweder bloß diligentia in specie zu dem genus culpa gehöre, oder diese die diligentia unbeschränkt in sich aufnimmt. Culpa ist hier das Unbestimmte, der Gattungsbegriff, unter den nach Verschiedenheit der Umstände bald nur das eine, bald auch das andere zu bringen ist: sie umfaßt 1) die Aquilische culpa levis in ihrem ganzen Umfange, 2) die außeraquilische aber bald in vollem, bald in einem beschränkteren Sinne, bald als diligentia qualem suis etc. bald als diligentia diligentis etc. Sodann erklärt sich aber nur allein daraus, wie in Fällen, da doch nur diligentia quam suis etc. zu prästiren war, gefordert werden konnte; daß keine culpa keiner Art vorhanden sein müsse, womit denn auch die Schwierigkeit unter II. 3. gehoben ist, welche nur unter unsern Voraussetzungen nichts zu bedeuten hat.

§. 57.

C. Schon allein darum, weil bei den Contracten, welche

diligentia quam suis etc. präſtiren laſſen, das iudicium auf culpa levis geht, und nur in einzelnen Fällen, wenn gerade der Handelnde als ein gewöhnlich Nachläſſiger befunden wird, die Beſchränkung der Befliſſenheit eintritt, muß hier in der Regel jegliches leichte Verſehen verantwortlich machen, und muß es präſumirt werden, daß der in Anſpruch genommene durchweg und auch in der gerade in Frage ſtehenden Art der Thätigkeit ein Fleißiger zu ſein pflege. Eine culpa levis iſt hier zum Klaggrunde hinreichend, und nimmermehr kann es hier erforderlich ſein, daß der Kläger ſich auf den gewöhnlichen Fleiß des Andern berufe, vielmehr muß dieſer letztere es zu ſeiner Entſchuldigung anführen, es zum Gegenſtande ſeiner exceptio machen, daß er ein Nachläſſiger auch im Eignen ſei, nicht aber genöthigt werden können, mehr zu leiſten, als er in ſeinen eignen Dingen zu leiſten gewohnt ſei. Das iudicium ging auf dolus oder culpa, aber auch die leichteſte Schuld iſt culpa; ſoll ſie in casu concreto gar keine Schuld ſein, ſo muß gezeigt werden, daß eine ſolche culpa levissima dem Beklagten in dem Seinigen gewöhnlich ſei, und kann ihm, wenn er ſich nicht ſelbſt darauf beruft, unmöglich hierin vorgegriffen, oder der Kläger ſchon darum abgewieſen werden, weil er zwar ſein fundamentum agendi vollſtändig darlegte, aber nicht ſchon die Widerlegung einer möglichen Einrede mit hineintrug 1). Sodann geht dieſe Präſumtion auch ſchon aus der empiriſchen Wahrſcheinlichkeit, daß jemand ein Fleißiger ſei, hervor, denn Nachläſſigkeit kann unter einem fleißigen Volke, was den Römern gleicht, unmöglich als häufig, als das Gewöhnlichere angenommen

1) L. 9. D. de probat. — Man könnte ja ſagen: eine negligentia rebus suis non consueta ſei hier gerade das fundamentum agendi, und die exceptio diligentiae suis rebus consuetae ſei nichts weiter als eine negative litis contestatio. Aber dies iſt ſchon der ganzen Faſſung der hievon handelnden Geſetzſtellen, und der Ordnung, worin die Römer ſich hierüber vernehmen laſſen, zuwider.

werden, und daß die Römischen Juristen es wirklich einem Jeden zutrauen, daß er bei Verwaltung des Seinigen immer und in allen Stücken seine fünf Sinne zusammen nehmen werde, sieht man aus der schon oben 1) erklärten L. 25. D. de probat. und L. 39. D. ad Leg. Aquil. Folglich muß in dubio stets angenommen werden, daß die diligentia quam suis etc. und diligentia s. str. in Einem Punkte zusammentreffen.

Ganz anders beim iudicium depositi: dieses ist auf gar keinen Fleiß keiner Art gerichtet, es läßt also auch keine Nachlässigkeit als solche prästiren, darum auch beachtet dasselbe nicht, ob etwa diese Nachlässigkeit bei einer Aquilischen iniuria vorgekommen: es erkennt nur dolus, fraus als Klaggrund an. Nur darum also, weil in gewissem Sinne jede culpa oder negligentia lata (in abstracto) einen dolus enthält, sollte diese auch hier prästirt werden, nur darum ingleichen, weil jede omissio diligentiae, qualem quis suis etc. gewissermaaßen eine fraus mit sich führe, wurde auch diese in dies iudicium sammt dem wahren dolus mit aufgenommen. Dolus kann aber unmöglich weder direct noch indirect präsumirt werden 2), demnach mußte sich also hier der Kläger darauf *berufen*, daß die an sich und im Vergleich mit dem Fleiße Anderer im Allgemeinen zwar leichte Schuld, doch im vorliegenden Fall als eine culpa lata und als dolus zu betrachten sei, da die Person des Beklagten sich in ähnlichen Fällen in eignen Angelegenheiten besser und fleißiger zu benehmen wisse, und so mußte er den Richter in den Stand setzen, sich von der Wahrheit seiner Behauptung zu überzeugen 3). Aber auch hier kam, wie schon früher erwähnt worden, nichts darauf an, ob von einer Aquilischen oder außeraquilischen Schuld die Rede war: eine Nachlässigkeit, welche erweislich nicht ohne fraus war, und durch Hinderung der

1) S. §. 24. a. E. u. §. 41. a. E.

2) L. 18. §. 1. D. de probat.

3) L. 21. D. eod.

obligationsmäßigen Leistung ganz oder zum Theil Schaden gestiftet, mußte als dolus prästirt werden.

Daraus entsteht denn aber ein wichtiger Unterschied zwischen der negligentia suis rebus non consueta bei den obligationes, welche mit dem depositum zu Einer Klasse gehören, und denjenigen, welche nur die Beflissenheit auf diligentia quam suis etc. einschränken. Und ist diese Unterscheidung keinesweges eine bloß spitzfindige, zu theoretischen Zwecken ersonnene, sondern sie geht von praktischen Gründen aus, und kehrt zu fruchtbaren praktischen Resultaten zurück, wie an dem Beispiele der Tutel unten gezeigt werden soll, da denn die unumgängliche Nothwendigkeit derselben, wie ich nicht zweifeln darf, genugsam in die Augen leuchten wird 1).

---

1) Ueber alle diese lästigen Präsumtionen kommt man weg, wenn man mit *Gensler* exercit. ad doctrin. de culpa. Jen. 1813. p. 97. not. 2. ein für allemal sich dahin erklärt: „mittamus probationem diabolicam ac plerumque impossibilem diligentiae in concreto. Tale quid nocivum leges contra rationem constituere nolunt.“ Dieser satanisch schwierige Beweis mochte ihn auch wohl außer dem oben gelegentlich erwähnten Grunde bewogen haben, der culpa in concreto den Abschied zu geben, von welcher er an einer andern Stelle pag. 90. indirect zu verstehen gibt, sie sei einem unsteten Schwanzsterne (instabilis cometa) zu vergleichen, indem dagegen seine *diligentia domestica* (welche nicht wüthet, noch unsinnig herdurchbringt pag. 89) sich häuslich niedergelassen habe. — Daß indessen Präsumtionen hier nicht unnatürlich die verschiedenen Contracte absondern, zeigt die Vergleichung mit dem alten deutschen Recht, wie es seinen Grundzügen nach in mehreren alten Statuten uns aufbewahrt worden. — Geliehene Sachen mußten auf allen Fall unverderbt wiedergegeben werden, und hier konnte sich in der Regel niemand auf durch Zufall erlittenen Schaden berufen. Bei deponirten Sachen war dies anders, ebenso beim Pfande, und ebenso standen sich diese im Resultate gleich: nur wenn es ein reiner casus war, und der Detinent nichts verschuldet hatte, blieb er ohne Verantwortlichkeit. Unterschieden aber waren diese darin, daß der Depositar mit seinem Eide, daß er ohne Schuld sei, abkommen konnte, der Pfandgläubiger dagegen beweisen und schwören mußte, daß das Pfand ohne seine Schuld verloren gegangen, da er denn zwar seine

§. 58.

Ich möchte noch darauf aufmerksam machen, daß wenn man die Sache so vorstellt, die Bemerkung unter no. II. 4.

Forderung verlor, gegen ihn aber doch auch keine Forderung geltend gemacht werden konnte. So der Sachsenspiegel B. 3. Art. 5. (Ausg. von Gärtner S. 331.): „Wenn ein Mann dem andern sein Gut aufzuheben gibt, wird es diesem gestohlen oder geraubt, oder verbrennt es, oder stirbt es, wenn es Vieh ist, so darf er keine Noth darum leiden, wenn er schwören kann, daß es ohne sein Verschulden geschehen sei. Was man aber einem Manne leihet oder versetzet, das soll er unverderbet wiederbringen, oder seinen Werth ersetzen. Stirbt aber ein Pferd oder Vieh während der Verpfändung ohne dessen Verschulden, der es bei sich hat, erweiset er das *(Beweisen wird im L. R. 1240. Art. 188. dem Schwur entgegengesetzt. S. auch pg. sq. bei Col. 1.: tugen), und kann dazu schwören, so ersetzet er es nicht, sein Geld aber, dafür es versetzt stunde, hat er verloren, es wäre denn ihre Abrede anders gewesen." So das alte Lübische Recht, Segeberg. Codex (in Cronhelm's Corpus constit. et statut. Holsat. L. IV.) Art. 343. „So welck man deme anderen deit syn gudt to holdende, und wert dat eme gestalen, offte gerovet, offte vorbrant, offte vorlust myt syneme egenen gude dar mede, und wil he dat up den hilgen warmaken, dat he dat syne myt deme andern gude verloren hefft, und is ane synen Dank (ohne seinen Willen) geschehen, he schal dar nene schult offte not umme lydenn, und is dat vee, offtquick, und s rvet dat deme it to holdende daen is, he schal dat sweren, dat id one syne schult dot gebleben is. So wat over en man deme anderen lenet, dat schal he ja unverworren wedder antwerden, offte gelden na syneme werde, offte dat vorstalen wert. Men ein perdt bynnen der besettinge van weddeschatte (dies heißt hier nichts anders, als: ein Faustpfand. *Haltaus* Glossar. v. Wetteschatz), dat en dorff nen man wedder gelden, men he schal dat tugen, dat id ane syne schult sy to deme dode gekamen, so verlust he dat gelt, dat id eme stund, sunder ere vorwart (vorwort) synt mit anderen beschede to gegan. Hier ist schon beim depositum, ungeachtet jedes Verschulden in Betracht gezogen wird, davon die Rede daß die eignen Sachen mit verbrannt sein müssen; der Vertrag ist aber besonders unbehülflich und verworren, wie er es oft in diesem, im Ganzen ziemlich unzuverlässigen Codex ist. Der zweite Codex in *Brokes* sell. obss. Art. 281. 282.

alles Auffallende verliert. Wird hier der Zustand der Betriebsamkeit und des Fleißes als der gewöhnliche angesehen, so folgt

---

erwähnt dessen nicht, stimmt aber ganz mit dem Sachsenspiegel überein. Die Worte lauten: „Welck Minsche dem anderen tho warende deit Vee, offte Quick, unde stervet dat Vee, offte Quick, wil den dejenne dat in den hilligen sweren, deme dat tho warende daen is, dat idt sunder sinen Willen gestorven is, unde van sinentwegen nicht vorwaenhoedet, so is he des ane Schaden, desgeliken is idt ock umme einen Herden, so verne he dat in den Hilligen sweren wil vor sick unde sine Baden. Wat aver ein Man dem anderen lent, van Quicke, offte von anderen Dingen, dat schal he eme unvordervet wedder antwerden, offte gelten na sinem Gewerde, effte idt verdorven were effte vorlaren. Men stervet enem Manne dat Quik binnen der Tidt, dat idt geweddeschattet is, dat moet he bewisen, deme dat tho Weddeschatte stund, dat idt van siner Versumnisse nicht gescheen sy, offte storven is; efte (sagt hier so viel als, wenn gleich, die Partikel ist nicht das absondernde, sondern das gleichstellende oder) he mot dat entberen, dat he darup gedaen heft.“ Fast wörtlich lautet so der dritte Codex bei *Brokes* Art. 247. 248., der erste dagegen so wie der bei *Westphalen* monum. ined. T. III., welche eine große Strecke durch gleichlautend, aber nicht so vollständig sind, wie jene, enthalten nichts hierüber. Daß sie jedoch beim Commodat ein Gleiches voraussetzen, sieht man schon daraus, daß sie (Westphalsch. Cod. Art. 184. Brok. Cod. I. Art. 197.) den casus von dem tragen lassen, welchem ein Material zur Verarbeitung hingegeben war; woraus denn, beiläufig gesagt, ferner erhellt, daß dies mit der beim Commodat wegfallenden Vindication gegen den dritten Besitzer nichts zu thun hat, da sie in dem eben erwähnten Fall nicht wegfällt, Westphal. Cod. Art. 143. Segel. Cod. Art. 63. Brok. Codd. I. Art. 145. II. Art. 332. III. Art. 273.; zudem wird ja auch nach dem alten Lüb. R. die verliehene Sache wirklich vindicirt, jedoch nur refuso pretio: Westphal. Cod. Art. 144. Brok. Codd. I. Art. 146. II. Art. 297. 333. III. Art. 50. Art. 273. u. 337. Nach dem Sachsensp. Lib. 2. Art. 60. ist dies freilich anders. — Im revid. Lüb. R. heißt es Lib. III. tit. 2. beim Commodat: „Was ein Mann dem andern leihet, das sol er ihme unverdorben wiedergeben oder bezahlen nach seiner Würde, wenn es verloren wäre“; und im tit. 3. beim depositum: „Gibt einer dem andern sein Gut zu bewahren, es sei, was es wolle, dafür kein Lohn, Stett- oder Trinkgeld gegeben, noch gefördert wird, kommt es abhanden durch Diebstahl, Raub, Brand oder andere Zufälle, könnte

denn nun freilich von selbst, daß die Verbindlichkeit zur Beflissenheit, ungeachtet sie sich im Ganzen auf diligentia quam

---

alsdann derjenige, dem es anvertraut, daß er solch Gut so treulich bewahret hat, als das seine, oder aber, daß er das seine mit verlustig worden, auf seinen Eid erhalten, so darf er darzu nicht antworten. Die Bestimmung beim Pfande findet sich hier nicht. Nach dem Jütischen Low-Buch ist das Commodat ebenfalls privilegirt; Pfand aber, Depositum und Miethe stehen einander gleich, und es ist jedes Versehen dabei zu prästiren: im Fall des Brandes aber ist es nur eine durch Eid unüberwindliche Präsumtion, wenn nichts von dem eignen Gute mit verloren gegangen ist; s. Eichenberg Uebers. d. Jüt. Low. B. B. 3. cap. 54.: „Wurde averst dat Perdt „(was er gemiethet)" mager, styff, edder gar tho dode gereden, dat Top unde Tagel wedder to Huß qvemen: Unde sweret, de dat Perdt reth, dat idt dorch sine Schuld unde Verwarlosinge nicht geschehen, effte ummekamen is, he geldet nichtes darvör. Wen is idt eme gelehnet geweſt, so geböret sick, dat idt ane allen Schaden so gut wedder tho Huß keme." B. 2. Cap. 114.: Deit einer dem anderen etwas thovorwarende, edder settet idt eme tho Pande, edder vor Bed, unde entsteit ein Brandt up, dat em Huß und hoff avbrende, mit des andern Bondens Kaaste, dat is, mit sinem egen Gudte, und is bewißlik dat des Bonden Gudt, so wol alse dat Gudt, dat eme vortrüvet, unde gesettet was, ummegekamen is, so is he darmede klageloß. Wil överst he (de Kleger) sick an solckem Getüchenis nicht genögen laten, so wehre sick syn Jegenpart mit Kiosnäffn, dat solck Gudt dorch sine Vorwarlosinge nicht ummegekamen is, unde betalet nichtes davon. — Hedde he ock van sinem egen Gude nichtes vorlaren, so betalet he dem Anderen syn Gudt, dat he eme under Handen gedaen hedde, unde darff nicht sweren. Gelenet unde gewarderet (geschätztes) Geldt unde Gudt överst kan nicht verlaren werden. Man sieht also, durch den Eid mit Eideshelfern ward hier alles ausgemacht, sobald nur nicht bei einem Brande u. w. d. g. der detinens das Seinige sämmtlich, oder doch nicht einen so großen Theil davon gerettet hatte, daß jene Präsumtion eintreten konnte, und waren sich auch hierin, außer dem Commodat, alle Contracte gleich. Auch das Ius Stad. P. XI. Art. II. läßt den Pfandgläubiger bezeugen, daß die Sache ohne seine Schuld zu Grunde gegangen sei, s. *Senkenberg* in sel. T. 17. pag. 380. Es ist interessant mit diesem allen den Schwabenspiegel zu vergleichen. Bei *Senkenberg* corpus iur. germ. sind es die Capp. 247 — 254., welche hiervon handeln, und als ein

suis etc. beschränkt, doch gewöhnlich bis an den casus reichen muß, denn in solchem Zustande fällt, wie wir gesehen haben,

---

Commentar zum angeführten Art. 5. des Sachs. Sp. betrachtet werden konnen, aber freilich hat der Verfasser dieses Codex den Sachs. Sp. mit edler Freiheit überarbeitet. Ich muß bekennen, daß mir, wie auch sonst, der Sachs. Sp. in seiner alten strengen Gestalt viel besser gefällt, und wirklich man gewinnt ihn erst recht lieb, wenn man ihn mit den spätern Bearbeitungen des Deutschen Rechts vergleicht. Hier ist im Schw. Sp. recht sichtlich eine zusammengeleimte Arbeit. Erst zwar ein eigenthümliches sehr merkwürdiges Princip, Cap. 249. pr. „Wir sprechen das, daß der Mann fremdes guez baß solt hüten denn seyn selbs gut." Dies Princip wird denn aber erst in den Art. 5. des Sachs. Sp. hineingeschoben Cap. 247. „Wer dem andern gut empfilhet auff seyn trew und wirt es verstolen, oder geraubet, oder verbrinnet es, oder stirbet es, ob es Vieh ist" (wer kann zweifeln, daß diese Worte aus dem Sachsensp. genommen worden), „und hat er das gut baß in seiner Hut gehebt denn seyn selbs gut, und getar er das zu den heiligen bereden, er giltet des gutes nicht. Was man aber einem Mann leihet oder verseczet, das sol man im unverderbet widergeben, oder gelten nach seiner werdt. Ist aber es erger worden, das besser man im als Recht sey. Verseczet ein man dem andern eyn pferd umb pfenning, und stirbet das in seiner gewalt an sein Schuld, das ist der gemein Tod, er soll es nit gelten; er verleuret aber den pfenning, dyn er darauff gelyhen hatt, ir gelübde stand denn anders. Und hat er aber Bürgen darauff genommen die söllen in mit recht sein pfenning wider geben. Umnd will mann im nit gelauben, so schwere czu den Heiligen, daß es tod sey on sein schuld und sey ledig; mag man in aber überzeugen, daß es von seinen schulden tod ist mit drei mannen, er soll es gelten." Man sollte hiernach denken, daß das Commodat auch hier das periculum unbedingt prästiren lasse, und das, was Cap. 249. und 250. von geliehenen Pferden und geliehenem Vieh gesagt wird, erscheint in dieser Hinsicht als Ausnahme; in Cap. 253. wird denn aber auch an das Commodat jenes Princip angeklebt: „und leihet ein man dem andern silberin näpff oder ander gut, und wirt es im verstolen, er muß es gellen. So sprechent ettlich lewt: verleuret ein man seyn selbs gut mit meinem gut, er soll es mir nicht gelten, das ist nit, einem jegklichen man ist geseczt, das er fremdes gutt baß soll pflegen denn sein selbs gut." Das kommt davon, wenn man nicht aus einem Stück arbeitet. Merkwürdig wegen der actio furti ist noch der gleich folgende Zusatz: „und ist das mir meyn gut verstolen wird das nit meyn ist, de sol ich der klager umb seyn; und stirbe ich oder

diese mit der diligentia diligentis etc. zusammen, welche letztere aber das ganze Gebiet der Imputation ausfüllt.

§. 59.

D. Wenn die Römer sämmtliche Contracte in Hinsicht der praestatio culpae classificiren wollen, so legen sie, wie schon erwähnt, die unter A erklärte Eintheilung zum Grunde und machen nur zwei Klassen: solche die dolus und culpa lata, und solche, die auch culpa i. e. culpa levis zur Prästation bringen.

In die letztere Klasse kommen sowohl diejenigen Geschäfte, welche die diligentia diligentis, als auch diejenigen, welche nur diligentia quam suis etc. zur culpa rechnen, und werden daraus keine besondere Klassen gemacht. Der Grund ist nun leicht gefunden: die diligentia quam suis kommt nur bei wenigen dieser Contracte, und als besondere Prästationsart nur in einzelnen Fällen vor, daher sie es für hinlänglich hielten, bei jedem Contracte selbst, wenn von

---

entwich davon, so sol der klagen, des das gut was." In Cap. 249. (die Versetzung, welche Senkenberg vornimmt, ist wohl nothwendig, bringt dann aber noch die Sonderbarkeit hervor, daß, wenn auch das Pferd über das verabredete Ziel hinaus geritten wird, den Commodatar der Tod des Pferdes in dubio befreit) heißt es in Hinsicht des geliehenen Pferdes: wird es im verstolen — wirdt es geraubet — und geschicht diecz ee es kompt an die stat, die do außgenannt ist, wirdt es denn verstolen, so giltet er es nicht: ob er sy also gehüt hat als er solt, und nun folgt jenes Princip. Wie unsicher ist hier alles, und wie sicher dagegen der Sachsenssp. und das alte Lüb. Recht; der Unterschied des Pfandes vom Depositum in Hinsicht der Art, sich vor Gericht zur Unschuld zu legitimiren, ist auch verwischt, gewiß ohne Nachdenken. — Man verzeihe mir, daß ich mich hier so lange beim Deutschen Recht aufgehalten; ich habe dadurch Wiederholungen vorgebeugt: denn ich werde mich an mehreren Orten auf diese Note beziehen, und mich dünkt, die hier angestellte Vergleichung ist nicht ohne ein rechtes Interesse, wenn man sich des Geistes dieser Lehre bemächtigen will.

seiner besondern Prästation die Rede war, es anzuführen, ob er sich mit diligentia quam suis etc. begnüge oder nicht. Offenbar konnte hieraus auch keine culpa tripartita entstehen, denn nur größere oder geringere Nachlässigkeit, und als oppositum größere und geringere Sorgfalt und Anstrengung konnten hier den Grund und Maaßstab der ganzen Eintheilung abgeben; nun ist aber, so oft die diligentia quam suis etc. mit der diligentia diligentis etc. zusammenfällt, dieselbe Anstrengung erforderlich, damit kein imputables Versehen vorgeworfen werden könne, mithin ist hier auch die Nachlässigkeit und culpa immer gleich groß. Dagegen aber, will man nicht die culpa, sondern die praestatio bei den Contracten, diese mit einander vergleichen, eintheilen, so kann es auch nicht fehlen, daß man durch das Verhältniß der beiden Arten der diligentia zu einander drei Prästationsgrade herausbekommt. Denn stellt man nun einen Contract, der diligentia diligentis etc., einem solchen, der diligentia quam suis etc. prästiren läßt, gegenüber, und vergleicht sie im Ganzen und in allgemeiner Uebersicht, so muß sich zeigen, daß das Erforderniß der Anstrengung und des Fleißes bei dem ersteren weiter geht, als bei dem letztern, indem der erstere mehr Fälle begreift, wo ein höherer Grad davon verlangt wird: bei ihm muß allemal der höchste Fleiß angewandt werden, um von Verantwortung frei zu bleiben, bei dem andern nur, wenn kein Ausnahmsfall eintritt, in welchem der Beklagte sich mit seiner sonstigen Nachlässigkeit entschuldigen kann. Es gibt also drei Grade der praestatio, und also auch eigentlich drei Klassen der Contracte nach diesen Graden: dolus — diligentia quam suis — diligentia, und es ist dabei nur zu bemerken, daß die Aquilische culpa bei der ersten Klasse gar nicht ohne *fraus*, bei den beiden andern aber unbedingt prästirt wird. So pflegen aber die Römischen Juristen dies nicht zu stellen, obgleich sie jedoch die Sache selbst genugsam dadurch andeuten, daß sie einzelne Contracte aus ihrer zweiten Klasse als solche hervorheben,

bei denen ſogar diligentia omnis präſtirt wird, und von andern ſagen, es ſei diligentia quam suis etc. dabei genug („sufficit praestari quantam suis rebus diligentiam exhibere solet"). Dies fühlten gewiß manche der Unſrigen zu ſtark, um ſich bei den zwei Graden des Donell ganz beruhigen zu können, und irre ich nicht, ſo haben wir es hauptſächlich dieſem an ſich richtigen Gefühl zu danken, daß ſich die Theorie der drei Grade der culpa ſo lange in Würden erhalten: hätte man ſich bei Zeiten hierüber verſtändigt, und nicht Grade der praestatio mit Graden der culpa verwechſelt, ſo wäre vielleicht längſt der Streit gehoben geweſen.

§. 60.

E. Man muß ſich überhaupt vor dem Irrthum hüten, als ob culpa lata in abstracto und culpa in concreto durchaus und immer auf denſelben Fuß zu ſtellen ſind. So iſt es z. B. eine bekannte Sache, daß wenn gleich in der Regel Privatdispoſitionen die praestatio culpae auf alle Weiſe verändern und modificiren können, doch dolus nie dadurch erlaubt werden kann, und ungeachtet derſelben beſtändig Schadenserſatz deshalb eintritt 1). An ſich grobe Schuld nun aber, wie ſie im Allgemeinen dem dolus gleich iſt, muß auch hierin ihm völlig gleich ſtehen. Iſt es doch ſchon in eigenen Angelegenheiten gewiſſenlos (mala tanquam fides) ſich in einem enormen Grade nachläſſig oder ſaumſelig zu betragen, wenigſtens wenn dieſes Betragen häufig vorkommt, und die einzelnen Fälle nicht auf andere Weiſe compenſirt werden; wie könnte es jemals der bona fides,

---

1) L. 27. §. 3. D. de pactis. L. 1. §. 7. D. depos. L. 6. §. 9. D. de act. emt. vend. L. 23. D. de R. I. Es verſteht ſich, daß er nachher erlaſſen werden kann, und indirect dadurch, daß man allen rechtlichen Anſpruch, alle Klage zum voraus aufgibt. Beides iſt Liberalität, und ſchenken kann jeder ſo viel er will. Die Worte in L. 27. §. 3. cit. quamvis si quis bis z. E. ſind von dem Letzteren zu verſtehen, vgl. L. 7. §. 15. eod.

die man doch nicht verbannen darf, gemäß sein, vermöge Verabredung in einem fremden Verhältniß eine Unachtsamkeit zu beweisen, die sonst unter Bürgern unerhört ist. Dagegen läßt sich nicht wohl einsehen, warum nicht Einer mit gutem Gewissen dem Andern, der ihm etwa Sachen oder Geschäfte anvertrauen will, vorstellen kann, er habe genug mit seinen eigenen Sachen zu thun, wolle jener, daß er noch dazu die seinigen übernehmen solle: so könne er ihm nicht dafür einstehen, daß ihm nicht einmal eine kleine Nachlässigkeit oder Versäumniß entschlüpfen werde, den Aufwand von Kräften, die Accurateſſe, die er auf seine Angelegenheiten wende, könne er hier nicht angeloben, er könne nur versprechen, daß er sich kein absichtliches oder grobes Versehen werde zu Schulden kommen lassen. Läßt sich der Andre dies gefallen, so ist, dünkt mich, kein Vertrag, daß fraus erlaubt sein solle, vorhanden, sondern diese Verabredung bewirkt, daß eine kleine Nachlässigkeit, wenn sie auch dem Manne nie in eignen Dingen vorzukommen pflegt, doch nun nicht zum dolus gerechnet werden kann, dies Mal überall kein dolus ist. Der Andre wußte, was er zu erwarten hatte, und daß jener seine volle Kraft fast ausschließlich zu eignen Geschäften nöthig hatte. Der dolus ist hier also auch nicht zum Theil ausgeschlossen, sondern nur sein Umfang vermindert und beschränkt worden 1).

---

1) Unter den bisherigen Schriftstellern gibt es hier, so viel ich bemerken können, fünf Parteien, von denen die eine ein pactum, welches den dolus ausschließen will, überhaupt zuläßt wegen L. 27. §. 3. D. de pactis (sie verdient keine Widerlegung); die zweite zwischen bonae fidei und stricti iuris negotiis unterscheidet (ohne Grund, da das ius strictum unmöglich ein den dolus billigendes pactum anerkennen konnte); die dritte den dolus praesumtus, mit welchem Wort die culpa lata und die culpa in concreto zusammen gefaßt wurde, unbedingt ausschließen ließ; die vierte die Ausschließung desselben eben so unbedingt für ungültig erklärte, und die fünfte dabei zwischen culpa in faciendo und non faciendo unterschied. *Brückner* l. c. traf auf einen speciellen Fall der culpa in concreto, für den er einsah, daß die Ausschließung derselben erlaubt sein müsse, nämlich, wenn jemand ausdrücklich ausmache,

§. 61.

Das Gesagte liegt so sehr in der Natur der Sache, daß wenn auch keine Stelle in den Gesetzen enthalten wäre, welche auf diesen Unterschied hinwiese, man es dennoch als Recht gelten lassen müßte, aber es sind allerdings solche Stellen vorhanden, nämlich:

L. 41. D. de administr. tutor. Papinianus lib. 7. responsorum. Qui plures tutores habuit, unum qui solvendo non fuit, rationem actus sui vetuit reddere: quoniam eius liberatio, quod ex tutela percepit, aut dolo contraxit, non est relicta, contutores, qui suspectum facere neglexerunt, *ex culpa* recte conveniuntur; tutor enim legatarius *ex culpa*, quae testamento remissa est, non tenetur.

L. 5. §. 7. D. eod. Ulpianus lib. 35. ad Edictum. Iulianus

---

daß er bei einem Feuerbrande zuerst seine eignen und dann erst die deponirten retten werde, aber er drang wieder nicht durch. Auch meint er, wäre L. 32. D. depos. unüberwindlich. Sodann glaubt er auch, mit der culpa lata in abstracto verhalte es sich auf gleiche Weise: es sei gar nichts Dolöses, wenn ein Mensch, der in seinen Sachen auch nicht im mindesten fleißig sei, bei fremden Sachen ausmache, er wolle bei ihnen nicht zu mehrerem verantwortlich sein, als er sich bei seinen eignen angewöhnt. Nur wollten auch hier L. 23. d. R. I. und L. 226. de V. S. sich nicht durch seine Vernunft aus dem Wege räumen lassen. Endlich meint er, sei es doch wohl aus dem Grunde besser, sowohl die culpa lata (in a.) als die culpa latior nach ihm (culpa in concreto) nicht durch pactum ausschließen zu lassen, weil die Römer nun einmal fingirt hätten, beide seien dolus, und das aus der weislichen Absicht, damit niemals in casu concreto darüber gestritten werde, ob ein dolus daraus zu präsumiren sei oder nicht; ließe man nun Ausschließung durch pactum zu, so ginge der Streit wieder von neuem an. Alle diese Bedenklichkeiten fallen weg, wenn man nur herzhaft genug ist, sich hier ein Princip aufzusuchen, die ganze Fabel vom dolus praesumtus aufzuheben, und den Gedanken fest zu halten, daß bei der culpa in concreto, und nur bei dieser der dolose Charakter immer und allemal durch das pactum aufhört, der ohne pactum, wovon natürlich L. 32. spricht, immer und allemal Statt findet.

lib. 21. Digestorum huiusmodi speciem proponit: Quidam decedens filiis suis dederat tutores et adecerat: „eosque aneclogistos esse volo“, et ait Iulianus, tutores, nisi *bonam fidem in administratione* praestiterint, damnari debere, quamvis testamento comprehensum sit, ut aneclogisti essent. Nec eo nomine ex caussa fideicommissi quicquam consequi debebunt, ut ait Iulianus. Et est vera ista sententia, nemo enim ius publicum remittere potest huiusmodi cautionibus, nec mutare formam antiquitus constitutam. Damnum vero quodcunque ex tutela quis senserit, et legari et per fideicommissum ei relinqui potest.

L. 72. §. 3. D. de condition. Papinianus lib. 18. Quaestionum.

Quid ergo, si ita scriptum sit: „peto post mortem tuam restituas hereditatem, ita ne satis fideicommissi petatur, neve ratio exigatur?“ sine dubio per huiusmodi verba non interponendae quidem cautionis conditio videbitur adscripta, rationi vero non exigendae modus adhibitus, scilicet ut *culpa*, *non etiam dolus* remissus intelligatur; idemque 1) in eius persona, qui negotia gessit, cuique rationis reddendae necessitas fuerat testamento remissa, rescriptum est.

So wie in Verträgen, ſo konnte auch in Teſtamenten künftiger dolus und gewiß auch die an ſich gewiſſenloſe gröbere Schuld 2) nie erlaſſen werden, und wurde, wenn für irgend

1) Richtiger für idque.

2) Cujaz muß freilich anderer Meinung geweſen ſein. Zu L. 72. §. 3. cit. (Quaest. Papin.) bemerkt er, was bei L. 41. cit. immer überſehen worden, daß hier eine culpa außer dolus erlaſſen werde, da doch culpa levis (in abstracto) ohnehin ſchon nicht zuläſſig ſei. Um zu helfen, verſteht er das Wort culpa hier von „negligentia magna et scrupulosa inquisitio, welches nach L. 119. D. de legat. I. auf eins hinaus gehen ſolle. Ich dächte gar; gerade die culpa lata liegt am Tage, dagegen führt die Frage, ob eine

eine Adminiſtration oder negotiorum gestio alle Rechnungsablegung im Teſtament erlaſſen war, ſelbſt wenn jene dem Todestage vorangegangen, als Willensmeinung angenommen, daß nur culpa außer dolus erlaſſen ſei. Dieſe Beſtimmung nun kommt in den vorſtehenden Fragmenten theils von der administratio tutelae, wo doch nur diligentia quam suis zu präſtiren war (an Aquiliſche culpa wurde hier gewiß nicht beſonders gedacht), theils von der Verwaltung und Herausgabe eines Univerſalfideicommiſſes vor, wo gar culpa lata erfordert wurde, und alle Befliſſenheit ausgeſchloſſen war, die nicht einen dolus enthielt 1); in beiden Fällen kann alſo unter culpa außer dolus nur die negligentia suis rebus consueta das ſein, was erlaſſen war, denn was darüber hinauslag, bedurfte als ohnehin nicht zur Präſtation gehörig gar keiner Erlaſſung. Den Fleiß, welcher ſeinem Erben geleiſtet werden ſollte, konnte der Teſtator immer dem Grade nach beſtimmen, und dem Unfleiß auch die doloſe Natur benehmen, in ſo weit ſich dieſe überhaupt davon trennen ließ.

§. 62.

Einen ganz beſondern Unterſchied der omissio diligentiae quam suis etc. von der culpa lata und dem dolus ſcheint noch folgendes Fragment mit ſich zu führen, welches um ſo merkwürdiger iſt, da es noch die beiden obigen Behauptungen, daß

---

culpa levis vorhanden, zur scrupulosa inquisitio, ſo wie das, was er auch nennt: noluit anxie requiri rationem ab herede, ebenfalls die culpa levis verbannen ſoll. Auf gleiche Weiſe werden ſie in L. 6. D. de iur. et fact. ignorant. einander entgegengeſetzt. „Et hoc, fährt er fort, obtinet generaliter in quolibet administratore, in tutore, curatore, procuratore, negotiorum gestore, actore civitatis, ut si sit ei remissa redditio rationum, videatur remissa culpa omnis“ (in ſeinem Sinn: culpa mit Einſchluß der c. lata, ein zuverläſſig nicht Römiſcher Sinn), „non etiam fraus et dolus.“ (Vergl. noch L. 9. D. de liberat. legat.)

1) S. oben §. 59.

diligentia quam suis etc. oft als culpa außer dolus behandelt werde, und daß, wo diese prästirt wird, alles, was darüber hinausliegt, gar nicht für culpa geachtet werde, auf das klarste beweist. Es ist

L. 18. §. 1. D. soluto matrimon. Pomponius lib. 16. ad Sabinum.

Licet in dotalibus rebus *non solum dolum, sed et culpam* maritus praestet, cum tamen quaeritur in iudicio de dote, an facere possit, dolus duntaxat comprehenditur, quia in rerum ipsius administratione non erat ab eo culpa exigenda, quamquam eum dumtaxat dolum ei nocere putem, si facere non possit, quem propter uxorem adhibuit ne ei solidum solveret, non propter quemlibet alium. Ofilius autem aiebat, *si dolo mariti res dotalis interiisset*, et alioquin solvendo non esset, quamvis nihil dolo fecisset, quo minus solvendo esset; perinde tamen eum damnandum eius rei dotalis nomine, in qua dolum fecisset, atque si dolo eius factum esset, quo minus facere possit. Caeterum, si *circa interitum rei dotalis* dolus malus *et culpa mariti absit*, actiones solas, quas eo nomine *quasi maritus* habet, praestandas mulieri, *veluti furti vel damni iniuriae.*

Im Anfange wird der Satz als ausgemacht vorangestellt: der Ehemann hafte nicht bloß für dolus, sondern auch für culpa. Dieser Satz wird durch licet und cum tamen mit dem Fall, da er sich durch schlechte Verwaltung außer Stand gesetzt, das Ganze zu zahlen, wenn er nicht das Nothdürftige vermissen solle, in eine solche Verbindung gesetzt, daß man sieht, eine scheinbare Aehnlichkeit müsse hier vorausgesetzt worden sein. Wurde nun unter culpa die Aquilische verstanden, so war alle Vergleichung mit fehlerhafter Verwaltung, meistens Veräußerung, Schuldenmachen (denn dies bringt ja um Vermögen), was ja entweder dolus oder etwa omissio diligentiae, nimmermehr als solches Aquilische culpa ist, wenn gleich diese auch bei der

Verwaltung vorkommen kann, wirklich lächerlich. Versteht man jedoch, was man also muß, unter culpa hier vornämlich omissio diligentiae, so ist nach der Donell'schen Theorie nicht zu begreifen, wie Pomponius gerade in die Beschränkung auf dolus den Unterschied der schlechten Verwaltung des eignen Vermögens von der des Dotalvermögens setzen konnte, da auch bei letzteren bloß diligentia quam suis etc. prästirt wird, diese aber auch schlechthin dolus und culpa lata vorstellen soll. Freilich, fährt Pomponius fort, ist hier sogar ein ganz specieller dolus nur zu prästiren, nämlich die auf den Verlust der Frau gerichtete Absicht, und man könnte denken, daß darin der Unterschied zu suchen; allein dann hätte doch immer nicht die praestatio culpae zum Zweifelsgrund gemacht werden können. Diese noch genauer bestimmende Bemerkung über den dolus des Mannes in Verwaltung des Eignen bezieht sich bloß auf die gleich mit des Ofilius Worten folgende: bei Verwaltung der res dotalis reicht jeder dolus, durch den sie ganz oder theilweise verloren geht (denn so allgemein ist hier interire zu verstehen) hin, um den Mann in Beziehung auf diese Sache um sein Privilegium zu bringen. Also omissio diligentiae quam suis, wenn gleichwohl gewiß eigentliche culpa lata, reichte hier nicht hin, denn sonst verschwände aller Unterschied zwischen diesem Fall und der Frage, ob er überall verantwortlich bliebe. Diese Frage wird nun gleich am Schlusse, der den Anfang erklärt, dahin beantwortet: alle Verantwortlichkeit, so daß nur Cession der Klagen (daß die Aquilische Klage gegen den Dritten, vorzüglich daß die actio furti genannt wird, zeigt wieder, daß man Fälle der omissio diligentiae vor Augen hatte, obgleich freilich der Mann in der Regel nicht wegen seiner Schuld, denn er prästirte nicht custodia, aber immer auch ohne Schuld als dominus die actio furti hatte), zu fordern sei, höre nur dann auf, wenn sowohl dolus als alle culpa fehle. — So viel ist klar, daß man nach dieser Gesetzstelle, vorausgesetzt, daß, wie bekannt und früher erwiesen, der Mann nur diligentia

quam suis etc. präſtirt, — dieſe zur culpa außer dolus zu rechnen habe, und kann man dies erklären, ſo bleibt noch die Schwierigkeit übrig, daß bei Behandlung der dos alle Schuld fehlen ſoll, da doch nach der gewöhnlichen Anſicht die omissio diligentiae noch immer culpa bleibt, wenn ſie auch über die gerade zu präſtirende diligentia quam suis etc. hinausliegt. Endlich ergibt ſich aber auch deutlich aus dieſer Ler, daß culpa lata und negligentia suis non consueta nicht allemal auf einer Linie ſtehen.

Sechstes Capitel.

Erklärung einiger der schwierigsten Gesetzstellen, welche diese Lehre betreffen.

---

§. 63.

Jetzt möchte es hier der Ort sein, einige der schwierigen und viel bestrittenen Gesetzstellen in einer Folge aufzuführen. Das Vorhergehende wird dadurch neues Licht und neue Festigkeit erhalten. Die erste Stelle nehmen wohl mit Recht diejenigen Fragmente ein, welche die culpa in concreto dem dolus und der culpa lata gleich stellen.

L. 32. D. depositi. Celsus lib. 11. Digestorum.

Quod Nerva diceret, latiorem culpam dolum esse, Proculo displicebat, mihi verissimum videtur. Nam etsi quis non ad eum modum, quem hominum natura desiderat, diligens est, nisi tamen ad suum modum curam in deposito praestat, fraude non caret; nec enim salva fide minorem iis, quam suis rebus diligentiam praestabit.

Der Meinung des Nerva, daß gröbere Schuld dolus sei, widersprach Proculus, ich halte sie für durchaus richtig. Denn schon wenn einer nicht bis zu dem Maaße sich fleißig bezeigt, welches der Natur des Menschen, (den natürlichen Kräften des Menschen im Allgemeinen) entspricht, und er doch nicht wenigstens bis zu *seinem* Maaße Sorgfalt anwendet, ist er nicht frei von arger Gesinnung, da niemand ohne Verletzung des guten Glaubens und

der Treue den Grad von Fleiß, welchen er eignen Angelegenheiten widmet, fremden verweigern kann.

Die Frage im Anfange ist auf die eigentlich grobe Schuld, culpa lata, wenn wenigstens der Vorwurf eintritt, einer habe nicht erkannt, was sonst alle erkennen, gestellt 1). Ob diese

---

1) Löhr Theorie der culpa pag. 31. not. 1. meint, „daß hier etwas geringeres, als culpa lata angenommen werde, zeige die ganze Darstellung. Ungewöhnlich sei es nicht, daß der Comparativ *minuendi gratia* gebraucht werde.“ Wie sich dies mit seiner Uebersetzung: „Wie Proculus die Meinung des Nerva, daß die *culpa lata* aus Nachlässigkeit dem dolus i. c. allen andern Arten der culpa lata ganz gleich sei“ ꝛc. vertrage, weiß ich nicht, denn daß hier ein Druckfehler sei, ist wegen der großen Accurateſſe dieſes Autors, und da er in den Beiträg. pag. 43. not. 1., etwas anderes auf derſelben Seite corrigirt hat, kann zu glauben. Aber auch daß der Comparativ hier ein Geringeres als der Positiv andeuten, und nicht gerade mit dieſem hier gleiches Gewicht haben ſollte, iſt mir unglaublich. Es iſt mir ſehr wohl bekannt, daß der Comparativ manchmal in einem Zuſammenhange ſteht, wo er eine mildere Bedeutung als der Positiv hat, und niemand wird leicht ein wiſſenſchaftliches Buch ſchreiben, ohne daß er ihn auch im Deutſchen ein und das andre Mal ſo gebrauchen ſollte; aber daraus folgt noch nicht, daß dies in jedem Zuſammenhange geſchehen könne. Der Positiv behauptet eine Eigenſchaft gerade hin und abſolut, der Comparativ immer relativ. Bezieht er ſich auf den Positiv ſelbſt, ſo iſt er ohne Zweifel erhöhend, z. B. dieſer handelt gut, jener beſſer. Bezieht er ſich dagegen auf etwas anderes, z. B. auf entgegengeſetztes, ſo kann er mildernd ſein, z. B. A. handelt ſchlecht, B. (ſchon) beſſer, C. handelt (erſt) gut. Auch L. 54. §. 2. D. de A. R. D. gibt ein Beiſpiel, denn es bezieht ſich hier das graviorem auf das non tam levem, quam extraneo; (ſ. unt. in dieſem Capit.) ſtände hier ohne Beziehung: ut tamen culpam gravem in damno dando exigere debeamus, ſo würde dies mehr ſagen, nämlich: es wird culpa lata erfordert, ſtatt daß jenes nur angibt, es werde culpa levis nicht in einem ſo ſtrengen Sinn als bei der Aquilia erfordert, daſſelbe würde aber auch der Fall ſein, wenn ſo ohne weiteren Zuſatz ſtände: ut tamen graviorem culpam in damno dando exigere debeamus. Denn endlich bezieht ſich auch der Comparativ manchmal

als dolus angesehen werden könne, wurde bezweifelt, Celsus entscheidet für die bejahende Partei. Sein Beweis ist ein

auf etwas, was dem Grade nach unmittelbar unter dem steht, was der Positiv ausdrückt, z. B. wenn der Comparativ aus dem herausscheiden soll, was gemeinhin Statt findet, und der Positiv von dem Gemeinen schon an sich unterscheidet, ohne daß etwas dazwischen liegt; dann kann man sich pro lubitu des einen für den andern bedienen. Hierher gehört ohne Zweifel das culpa latior in L. 32. Wo ist hier wohl eine Beziehung zu entdecken, die dem Comparativ einen verkleinernden Charakter geben könnte? Gröbere Schuld so schlechthin gesagt, kann nach jedem Sprachgebrauch unmöglich etwas anderes heißen, als eine Schuld, die größer ist, als die gewöhnlich vorkommende und schon eher zu verzeihende, beim depositum auch wirklich nicht zu rügende leichte Schuld, als eine culpa latior quam levis; daher könnte denn allerdings culpa lata substituirt werden, ohne daß der Sinn sich veränderte, denn eins von beiden, culpa lata oder levis, muß die Schuld sein. Ich bin mir wohl bewußt, daß das, was ich hier über den Comparativ und sein Verhältniß zum Positiv gesagt habe, nicht erschöpfend ist, dazu ist es hier auch am wenigsten der Ort: wer weiß, ob es auch einmal möglich ist, wenn gleich ein Sprachkenner ex professo mich leicht in jedem Betracht übertreffen würde. Der rechte Gebrauch der verschiedenen gradus ist eines der feinsten Geheimnisse der Sprache, und um so gefährlicher hier im Groben zu arbeiten, und durch einander zu mengen, je feiner die Nüancen sind, die sich dadurch bezeichnen lassen. Man sieht es hier recht, daß das Gefühl, und ein gewisser Takt bei der Interpretation als Leitstern doch auch nicht ganz zu verachten ist. Nur dies noch halte man mir zu gut: bezieht sich der Comparativ auf das Gewöhnliche, was von der Eigenschaft Statt findet, die der Positiv schlechthin angibt, so ist er immer erhöhend, *(Vgl. L. 52. pr. d. donat. int. vir. et ux.) und muß dies wohl von dem obigen Fall, da der Positiv schon an sich auszeichnend ist, unterschieden werden, z. B. Kenntniß der Gefahr macht den dolus nicht, wo aber diese vorhanden ist, da ist es eine schwerere Schuld, wenn man recht eigentlich frivol sich der erkannten Gefahr aussetzt (scil. als wenn man, wie doch auch hier noch gewöhnlich ist, aus Leichtsinn oder Schwäche, aber doch also wegen jener Einsicht noch immer culpa lata, handelt). Der Comparativ kann auch einen gewissen gleichschwebenden Mittelzustand andeuten, z. B. tristior fuit kann ohngefähr sagen sollen: er war nicht heiter ohne gradezu traurig zu sein. An dergleichen ist hier, wo es auf Begriffe ankommt, vollends nicht zu denken, und solche Beispiele von Licht und Schatten auf einem Fleck sind hier sicher am wenigsten anwendbar.

argumentum a potiori. Schon wenn jemanden kein anderer Vorwurf treffen kann, als daß er nur nicht alles das erfüllte, was ein Anderer erfüllen würde, welcher alles das leistete, was menschliche Natur verlangt 1), d. h. was ein bonus et diligens paterfamilias zu leisten pflegt, denn dieser erfüllt die von der Natur dem Menschen vorgeschriebene Bestimmung 2), wenn er also auch nur eine leichte Schuld beging; so kann man ihn nicht von aller argen Denkungsart frei sprechen, sobald sich zeigt, daß auch so kleine Versehen ihm im Eignen nicht vorzukommen pflegen, denn in der That gehört es allemal zur redlichen Gesinnung, welche jeder Contrahent bei dem andern voraussetzen muß, daß er wenigstens in dem besondern Verpflichtungsverhältniß sich nicht nachlässiger benehmen werde, als er

1) Gerade daß die Beschuldigung darin besteht, daß man nicht ganz das that, was man thun mußte, nicht die Ansprüche einer vernünftigen Natur vollends erfüllte, bezeichnet die culpa levis, und schließt die lata aus. Wer einen Maler tadelt, daß er seine nackten Figuren nicht immer so genau zeichne, wie es anatomische Gesetze verlangen, gibt schon dadurch zu erkennen, daß er ihn für keinen gemeinen Sudler halte, denn wer tadelt an einem solchen solches, als etwa ironisch? Will man eine Vergleichung aus dem corpus iuris, so kann man diese nahe haben; gerade so kommt das parum diligenter custoditam rem in §. 3. I. de societ., das parum diligentem socium in §. ult. I. de societ. und das: imperite und negligenter versatus est in L. 1. §. 1. si mensor, vor, denn das alles findet auch bei der culpa lata Statt, charakterisirt sie aber nicht, da sie außerdem noch etwas besonderes erfordert, und also niemand sie damit bezeichnen wird; dagegen ist es gerade die culpa levis, deren Wesen eine solche Beschuldigung ausmacht. Einige haben sich durch jene Gemeinschaft dieses Merkmals bei §. 3. I. cit. wirklich verführen lassen, die angeführten Worte auf die culpa lata zu beziehen, als sagten sie: eine auch gar zu wenig fleißig bewachte Sache! Das securus est soll dann, so wie das folgende auf den Deponenten gehen; nur Schade, daß sich weder die Sprache noch die Schlußworte: quia qui — debet damit vertragen wollen, denn daß man gegen culpa levis nicht gesichert ist, kann ja nicht der Grund (quia) sein, weswegen man gegen culpa lata gesichert ist. Es hätte da wenigstens stehen müssen: Itaque *is tantum* securus est etc.

2) L. 38. D. de reb. cred.

gewöhnlich bei Verrichtungen auf eigne Rechnung thut, es mag übrigens der Grad dieser Nachlässigkeit kleiner oder größer sein. Kann nun also eine culpa levis unter Umständen in einem gewissen Sinne dolus sein, mit dem sich keine obligatio verträgt, so muß dies um so mehr von jeder an sich groben Schuld gelten. Der Schluß verstand sich von selbst, daher ward er nicht ausgeführt. Zieht man nun diese, wie mir scheint, ganz natürliche Erklärung den vielen künstlichen und sinnentstellenden Andrer 1) vor, so sieht man auch, daß hier die culpa in

---

1) Die leichteste Art herauszukommen ist die des *Connanus* Commentar. iur. civil. L. 7. c. 4. no. 7. (die Manier, sich durch Vornehmthun das Schwere leicht zu machen, ist also nicht erst seit gestern erfunden), nämlich den Schweiß, den Andere bei Erklärung der L. 32. vergossen, zu belächeln; hätte er die Ueberlegenheit seines Verstandes durch eine tüchtige Erklärung erprobt, so möchte man ihm diesen Uebermuth noch wohl verzeihen: denn in der That die krausesten, widersprechendsten und widersinnigsten Meinungen sind vor ihm und nach ihm darüber zum Vorschein gekommen. Zur Probe einige. Duarenus ad L. 9. D. solut. matrim., in der Stelle, wo er bekanntlich an der Möglichkeit, die Grade der culpa mit fester Hand zu bestimmen, verzweifelt, versteht die Worte ad eum modum quem (communis, wie er selbst hinzusetzt) hominum natura desiderat, von der culpa lata, wie auch schon die Glosse that, und hält sie mit dem, quod omnes homines vulgo intelligunt, für gleichbedeutend. Wer einer solchen culpa bezüchtigt wird, sagt er, „vix creditur fraude et malo animo carere.“ Nur wenn sich aus den Umständen die Wahrscheinlichkeit ergebe, daß doch nichts Arges zum Grunde liege, z. B. wenn er in eignen Sachen um nichts fleißiger zu sein pflege, so solle das dann eine Ausnahme leiden. — Dagegen versteht *Lopez* animadv. civil. c. 17. no. 5. dieselben Worte von einer culpa levis, aus no. 9. lernt man aber erst recht seine Meinung kennen. Zwischen der L. 32. dep. und der L. 223. D. de V. S. sei offenbar ein Widerspruch, und man müsse sich wundern, daß dieser so oft übersehen worden. *Bartolus* habe freilich schon damit zu helfen gesucht, daß er die culpa latior, nicht aber die lata dem dolus gleichstelle, das genüge aber nicht. Indessen gebe es einen Ausweg. Zuerst ließe sich sagen, die L. 223. spreche von dem finis culpae latae, d. h. von dem, was die culpa lata begrenze, d. h. wiederum, von dem Punkt, wo die culpa levis anfange: mit non intelligere fange diese an. Dieser Erklärung

concreto nicht culpa lata genannt wird, sondern es wird nur eine culpa levis, die zugleich culpa in concreto ist, für dolus

---

setze sich aber doch L. 213. eod. entgegen. Diese mache eine andere nothwendig, und so: es komme darauf an, ob die ignorantia eine Vergleichung mit eignen Angelegenheiten zulasse oder nicht („in qua comparatio non cadat rerum suarum") Im letztern Falle allein mache das Aeußerste der Unwissenheit: non intelligere quod omnes etc., die culpa lata aus, im ersteren sei auf jene Vergleichung zu sehen, und dies bilde die Regel. Hier möchte man doch fragen, ob die Nichtzulassung der Vergleichung in abstracto, oder ob sie in concreto, so daß sich nur im vorkommenden Fall von dem in Anspruch genommenen nicht zeigen läßt, er pflege in eignen Dingen mit mehr Verstand zu handeln, gedacht werden müsse, und wenn das erstere, ein Beispiel fordern. — *Brückner* de culpa, quae concretive talis dicitur §. 6. wirft mit mehreren Vorgängern, ohne Unterstützung einer Ausgabe, das non vor ad eum modum, weg. Dann sei der Sinn folgender: die Beobachtung eines Fleißes, den Menschen von gleicher Profession und gleicher Lage („eiusdem professionis et conditionis") anzuwenden pflegten, sei im Allgemeinen das, was in L. 32. ad eum modum, quem hominum natura desiderat, diligens esse heiße (Unterlassung dieses Fleißes ist also culpa lata, oder gar dolus? denn was zum depositum gezogen werden kann, muß doch eins von beiden sein). Allemal sei dies aber nicht genug; denn sei man in eigenen Dingen fleißiger, so müsse man auch noch um so viel mehreren Fleiß anwenden, als dies der Fall ist. Wolle man das eingeschobene non sich nicht gefallen lassen, so könne kein anderer Sinn herauskommen, als: obgleich im depositum nicht der höchste Fleiß (ad eum modum q. h. n. d.) erfordert werde, so müsse man doch den Fleiß, den man auf eigne Sachen verwende, auch auf die deponirten verwenden, denn das Gegentheil sei vermöge einer fictio iuris auch dolus. Diese Auslegung sei aber verwerflich, denn es sei gar kein Grund zu zweifeln gewesen, ob denn etwa auch diligentia exactissima oder media vom Depositar geleistet werde, auf Zweifel deute aber doch das Wort etsi. Wie die beiden älteren Juristen, Proculus und Nerva, disputirt haben, davon dürfte man sich mit Brückner's Hülfe und unter seinen Voraussetzungen schwerlich einen klaren Begriff machen. Er meint, Proculus habe anerkannt, die culpa lata sei mit unter dem dolus begriffen, den das Edict des Prätors beim depositum allein in Betracht gezogen: warum? nach seiner Ansicht doch gewiß, weil dabei ein dolus praesumtus Statt finde. Dasselbe habe er jedoch, fährt Brückner fort, von der *culpa latior* nicht gelten lassen wollen,

erklärt, und daraus geschlossen, daß um so eher eine jede culpa lata, sie mag nun zugleich culpa in concreto sein oder nicht,

---

(also wohl von der groben, nicht aber von der, die noch gröber ist, als grob) und warum nicht? nach Brückner aus dem nüchternen Grunde, weil der, welcher nur nicht sich culpa lata zu Schulden kommen lassen, keine Pflicht, die unter das depositum gehöre, verletzt habe: das wäre denn aber petitio principii gewesen. Also, wenn man sich diesen im Alterthum berühmten Rechtsgelehrten nicht allzu stumpfsinnig denken will, so mußte sein Grund in der angenommenen Verbindung der sein, daß die culpa in concreto (die man freilich ungern sich als culpa latior denkt) nicht, so wie die c. lata in abstracto einer Vermuthung des dolus Raum gebe (nachher kommt Brückner freilich selbst hierauf zurück, und geht sogar noch weiter: Proculus habe auf die alte Erfahrung Rücksicht genommen, daß jeder denke, er sei sich selbst der nächste; aber ich gestehe, ich denke mir den Proculus klüger: ein anderes ist doch wohl, im Ganzen sich selbst Andern vorzuziehen, ein anderes in Verpflichtungsverhältnissen gegen allen guten Glauben die anvertraute fremde Sache schlechter behandeln als die eigne). Dann besteht aber Celsus Widerlegung in nichts weiterem, als in einer simplen Behauptung dessen, was Proculus läugnete, ohne Gründe. Er würde dann sagen: wenn auch einem keine culpa lata vorgeworfen werden kann, so reicht doch schon die culpa in concreto (latior) hin, da diese ebenfalls eine praesumtio doli enthält. Da müßte denn wieder Celsus an den Spinnrocken verwiesen werden. Brückner meint nachher wirklich, die culpa i. c. sei darum culpa latior genannt, weil sie noch verhaßter gewesen, als die culpa lata, und den dolus noch stärker durchscheinen lasse. Was ihn und Andere zu diesem Glauben bewogen, ist der Vorwand, daß es ja dem negligentissimus schwerer werden müsse, sich selbst zu übertreffen, als dem Fleißigen, auch bei fremden Sachen fleißig zu sein; allein das ganze Raisonnement ist schief, da ja sonst auch der imperitus entschuldigt wäre, wenn er sich mit Dingen abgibt, die er nicht versteht, da, wer schlecht handelt, sich nie damit entschuldigen kann, daß er es gewöhnlich thue, da es auch gar nicht einmal dem Leichtsinnigen schwerer sein kann, einmal, wo es fremdem Interesse gilt, bedachtsam zu sein, als dem, der gewöhnlich fleißig ist, sich davor zu hüten, daß ihm auch nicht im Einzelnen ein Versehen entschlüpfe, was ihm auch schon im Eignen ausnahmsweise widerfahren sein kann, ohne daß dadurch der Begriff der culpa i. c. aufgehoben wird (S. oben §. 40.). Der gewöhnlich in einem hohen Grade Nachlässige hat ja noch mehr Motive, auf seiner Hut zu sein, wenn ihm einmal etwas anvertraut wird, und auf

für dolus gelten müsse. Aller Zweifel konnte hier immer nur daher kommen, daß Einige hier den dolus, welcher im Edict

---

Frivolität kann überhaupt niemand rechnen, und sie kann niemanden entschuldigen. Immer aber hätte es sich doch Celsus gar zu leicht gemacht, wenn er mit diesem einen entschiedenen Vorrang der culpa i. c. vor der culpa lata i. a. bezeichnenden Worte (culpa latior) angefangen, und sie so ausgerüstet dem dolus gleichgestellt, dann aber als Grund angegeben hätte, weil — Proculus Unrecht habe. Nein, so war es sicher nicht gemeint: gerade über die culpa lata i. a. (die hier latior heißt, weil sie über das Gewöhnlichere, die culpa levis, hinausreicht) stritt man. Proculus hielt sich an den Buchstaben, Nerva und Celsus sahen auf den Sinn und Geist des Ausspruchs, daß nur dolus hier prästirt werden solle. Dabei ist Bruckner's Aeußerung, er könne sich leicht über die Auslegung der Worte: nam et si — diligens est, zufrieden geben, wenn man ihm nur die letzten Worte des Fragments nicht verderben wolle, eine Schwäche, denn von der Auslegung jener hängt wieder die Auslegung dieser und von der ganzen L. 32. die richtige Bestimmung des Verhältnisses der culpa i. c. zur culpa i. a. und zur Prästationslehre überhaupt, nicht wenig ab. Ich habe mich ein wenig länger bei Brückner's Darstellung der Sache aufgehalten, da er recht eigentlich über die culpa in concreto geschrieben hat, und, wie ich glaube, diese Probe sein Werk so ziemlich charakterisirt. — Wächtler (de gradibus culpae. Vitenb. 1680.) scheint einen Augenblick auf die rechte Straße zu lenken. Er erklärt die Worte: quem hominum natura desiderat so: „hoc est, etsi non adhibeat diligentiam mediam, multoque minus maximam, debet tamen ad suum modum etc.", ohne jedoch seine Erklärung aus dem Zusammenhange zu rechtfertigen. Die diligentia quam suis sei allen Contracten gemein, und daß hier Celsus die culpa lata und levis, wie man glaubt, verwirre, sei im geringsten nicht wahr. Aber eben dieser Irrthum habe hier alles Unheil angerichtet. Nachher sieht man aber, er habe doch ganz etwas anderes im Sinn. Verstehe ich ihn recht, so meint er, bei allen Contracten komme dies als Grundlage („materiale obligationis") vor, daß der eigene Fleiß bei eigenen Sachen zuvor zu erwägen, dann komme es aber auch darauf an, wie man auf diesem Boden zu bauen, oder, nach seiner Metapher, das Material zu bilden habe. Das formale obligationis und die gradus obligationis müßten anders woher bestimmt werden. So z. B. in L. 32. werde der Fleiß in eigenen Sachen zum Grunde gelegt; es werde gefragt: wie fleißig ist der Depositar in eigenen Sachen? Zeige es sich nun, er sei nicht so fleißig, als ein bonus paterfamilias

genannt war, in dem engern Sinn verstanden, in welchem er ausschließlich auf animus nocendi (schaden mit dem vollen

---

(denn so viel könne man nicht von ihm verlangen, weil hier nur culpa lata prästirt werde), so dürfe man denn nun bei den fremden Sachen nicht noch unfleißiger sein; das soll denn all den Nebel verscheuchen, worin die Gelehrten, weil sie diesen Unterschied verkannten, bis dahin wie versunken gewesen. Mich dünkt, er ist erst recht mauerdicht dadurch geworden. So zu Werke gehen, heißt auf einem Umweg durch Sümpfe waten, unterdeß man auf geradem Wege trocken gehen könnte. Jac. Gothofred (ad L. 23. d. R. I.) erklärt den Ausdruck quem hominum etc. sehr treffend durch quantum in natura hominum sit, wie er in L. 38. D. de R. C. vorkommt, nur freilich träumt er hier von einer culpa levis, die culpa lata allein beim depositum sein soll. Er war aber doch nahe daran, die L. 32. zu verstehen. — Löhr (Theorie der culpa §. 7.) dessen viel gründlichere und scharfsinnigere Auslegung nicht verkannt werden darf, versteht die Worte: nam etsi quis diligens est so, als stände da in suis rebus diligens esse solet, und meint so auch einen Schluß a maiori ad minus herauszubringen: wenn ein ordentlicher mit Ueberlegung handelnder Mensch (also ein diligens paterfamilias), meint er, einmal zum Nachtheil einer fremden Sache unüberlegt handelt, so trete schon mit Recht die Vermuthung ein, daß ein dolus zum Grunde liege, mit wenigerem Recht aber, wenn einer gewöhnlich mit wenig Achtsamkeit handelt, die fremde Sache nun aber noch nachlässiger behandelte. Daher hebe Celsus gerade den letzteren Satz heraus; sei dieser zugegeben, so folge der andere von selbst nach. Auch unter seinen Voraussetzungen konnte der Streit nur darüber sein, ob die culpa in concreto überhaupt eine Verletzung der bona fides im engern Sinn, einen dolus nothwendig mit sich führe, und so wäre denn Celsus Widerlegung wiederum nichts weiter, als eine recht piquante Aufstellung der entgegenstehenden Behauptung, ein scharfer Widerspruch ohne scharfe Gründe. Sodann wäre aber auch der Schluß selbst nicht zu vertheidigen, da das minus und maius nicht zutrifft. Was kurz vorher gegen die Meinung, daß eine culpa lata, welche es bloß in abstracto ist, geringeren Vorwurf verdiene, als die culpa in concreto eines Fleißigen, gesagt worden, ist noch in einem höheren Grade anwendbar, wenn behauptet wird, die letztere sei ärger, als eine culpa in concreto des gewöhnlich Nachlässigen, also auch als eine culpa, die in zwiefacher Hinsicht eine grobe Schuld ist. Gesetzt, jemand, von dem es nichts Unerhörtes, vielmehr etwas ganz Gewöhnliches ist, daß er seine Sachen nicht sonderlich beachtet, und besonders

Bewußtsein, man schade) geht; dies war falsch, denn indem der Prätor hier den dolus ausschließen wollte, wollte er alle

---

unbedeutende Dinge, Taschentücher, Augengläser u. s. w. an fremden Orten liegen läßt, und schon dadurch um manches der Art gekommen ist, der aber doch gerade nicht in wichtigeren Dingen, die ein jeder, auch der Nachlässige, zu beachten pflegt, die schuldige Aufmerksamkeit unterläßt, und wo die Gefahr sehr sichtlich ist, dieser allerdings mit Geschicklichkeit vorzubeugen pflegt; dieser legt eine sehr kostbare Uhr, welche ihm anvertraut worden, zur Marktzeit, wie die Straße mit Menschen angefüllt ist, vor sich in ein offnes Fenster, vergißt sie, und ein Vorübergehender nimmt sie zu sich, jener wurde vielleicht gar gewarnt, er möge sie doch nicht dahin legen, weil ihm seine bekannte Vergeßlichkeit einen Streich spielen könne, er meinte aber, es hätte damit nichts zu sagen. Nun stelle man ihm einen Andern gegenüber, der in der Regel höchst fleißig und vorsichtig und sorgsam selbst in Kleinigkeiten, einmal vielleicht, weil er gerade den Kopf voll Geschäfte hat, ein unbedeutenderes Versehen zum Nachtheil einer fremden Sache begeht, z. B. einen Schlüssel in einem Behälter stecken läßt, in dem eine fremde, nicht eben kostbare, Sache liegt, aber an einem Ort, wo er nicht füglich einen untreuen Menschen erwarten kann; unglücklicher Weise kommt aber doch eine diebische Seele dahin, und entführt sie (ich nehme mit Fleiß die Schuld nicht zu klein an, obgleich nach Löhr's Voraussetzung auch die kleinste, wenn sie nur noch Schuld ist, ein Beispiel abgeben kann); ich sehe doch in der That nicht ein, warum der Letztere schuldiger befunden werden sollte, als der Erstere. Es ist aber auch eben so irrig, wenn *Vinnius* ad tit. I. de soc. int., und Andere, das Ding gerade umkehren. Mich dünkt, von dem concretiven Gesichtspunkt ausgegangen, kommt es immer auf das Verhältniß und die größere oder geringere Entfernung dessen, was diesmal wirklich gesündigt worden, von dem, was gewöhnlich im Eignen gesündigt wird, an; bei der culpa lata in abstracto ist es aber immer vorwiegende Rücksicht, daß eine an sich grobe Schuld immer grob sei und bleibe, und der concretive Charakter dabei also ganz gleichgültig sei.

Was Löhr aber in der not. 1. zu dieser Gesetzstelle vorzüglich gegen Glück Comment. Th. 4. Obs 2. §. 322. not. 16. pag. 328., welche Stelle er dort excerpirt hat, einwendet, habe ich aller angewandten Mühe ungeachtet, nicht verstanden. Den Irrthum abgerechnet, daß die culpa lata in abstracto auch culpa in concreto sein müsse, um dem dolus gleich zu stehen, scheint

mala fides, alles Handeln aus arger, niedriger Gesinnung, also auch, da man mit Kenntniß der Gefahr es zum Schaden eines

---

mir Glück's Vortrag nichts Widersinniges zu enthalten. — Noch ist die neueste Auslegung der L. quod Nerva bemerkenswerth; es sei mir erlaubt, die Worte auszuschreiben, da ich sie nicht so prägnant im Deutschen wieder zu geben weiß. *Gensler* exercitat. iur. civil. ad doctrin. de culpa. Jen. 1813. p. 88. 89. Leges Romanae patrifamilias naturalem res domesticas et familiares ex arbitrio administrandi libertatem non plane quidem adimunt, sed tamen suspicantur, fore, ut plerique patrumfamiliarum res suas domesticas et familiares, quamvis non data opera et diligenti studio, ita tamen administrent, ne in se ipsos familiasque *saeviant*, bonaque sua temere disperdant atque dilapident. Quam quidem communem et absque speciali animi agitatione et machinatione adhibitam diligentiam (domesticam) leges diligentiam in rebus suis consuetam, patrem vero familias eam adhibere solitum *idoneum* adpellant. pag. 96. Vero enim vero haec Lex (L. 32.) aperte et omni procul dubio de persona tantum loquitur, quae in suis rebus ita segniter agere consuevit, ut vix ac ne vix quidem digna sit, quae nomen patrisfamilias *idonei* ad se vindicet. Quid mirum ergo, si leges talem hominem, qui in re aliena negligentiam vel *illa consueta segnitia maiorem* commiserit, dolosum suspicentur atque fraudis arguant." Also: sich wie ein idoneus paterfamilias geriren, heißt, nicht wie ein Unsinniger, der sein und der Seinigen Verderben will, nicht wie ein Wüthiger sich aufführen; diligens esse ad eum modum, quem hominum natura desiderat, heißt nichts weiter, als, sich wie ein idoneus paterfamilias geriren, mithin, wie sich der Verfasser ausdrückt, non in se ipsum familiamque saevire; wenn nun also einer es noch ärger mache, als arg, und indem er schon in seinem eignen Haushalt zu wüthen pflege, nun noch wüthiger als wüthig eine fremde Sache behandle, so sei dann allerdings ein dolus zu präsumiren, und dies sei die große Wahrheit, über welche uns Celsus belehren wollen. Bei dem Wort saeviant ist L. 24. §. 5. D. solut. matrim. Si maritus saevus in servos dotales fuit etc. angeführt. Gensler's Uebersetzung der L. 32. lautet so: „Des Nerva Behauptung: „gröbere Schuld sei bösem Vorsatz gleich", mißfiel dem Proculus; mir aber scheint sie vollkommen wahr; denn, wenn jemand ohnehin schon weniger vorsichtig zu handeln pflegt, als das Wesen eines Menschen es erfordert, und nun auf die Aufbewahrung einer bei ihm hintergelegten Sache noch geringere Sorgfalt verwendet,

Andern darauf ankommen ließ, oder, auf eine heillose Art die Gefahr verkennend, Anderen schadete, also auch, da man selbst das kleinste Versehen aus einer in eignen Geschäften seltenen Nachlässigkeit beging, verbannen. Alle culpa lata, alle culpa in concreto, war also im weitern Sinn dolus, und dieser weitere Sinn war gerade der rechte, welcher dem Edict untergelegt werden mußte.

---

so ist er nicht ohne Arglist, da derselbe, indem er jene Sache noch nachlässiger als die seinige behandelt, in gutem Glauben nicht sein kann." Löhr's Uebersetzung dagegen lautet so: „Wie Proculus die Meinung des Nerva, daß die culpa lata aus Nachlässigkeit dem dolus, d. i. allen andern Arten der culpa lata ganz gleich sei, läugnen kann, sehe ich nicht ein. Denn selbst den kann man nicht von allem Betruge frei sprechen, der, wenn er gleich in seinen Geschäften nachlässiger ist, als er sein sollte, in fremden doch noch nachlässiger ist, als in den seinigen. Selbst dieser kann ohne Verletzung seiner Pflicht nicht weniger Fleiß auf jene als auf diese wenden." Wenn übrigens Löhr in den Beiträgen pag. 49. not. 1. indem er sich im Ganzen auf das bezieht, was er in der Theorie der culpa über die L. 32. gesagt hat, doch einiges darin geändert haben will, so hat dies bloß darin seinen Grund, weil er neuerdings das non intelligere quod omnes intelligunt ganz verwarf, und nur erweisliche Wissenschaft und culpa in concreto als culpa lata gelten ließ. Wenn er aber sodann äußert: „übrigens war dieser Streit wohl weniger bedeutend, als ich angenommen habe. Ich glaube, er bezog sich allein auf die rein theoretische Frage, ob die *culpa lata* allein zum *dolus* oder zur *culpa* gerechnet werden müsse? Darüber, ob dolus und culpa lata gleich zu behandeln seien, war wohl nie Streit;" so ist es mir wieder nicht möglich, ihn zu verstehen. Die ganze Verwirrung und Unsicherheit, dünkt mich, kam doch wohl hier vom übertriebenen Streben nach Sicherheit, nämlich nach technischer Bestimmtheit, sonst ist es ja doch sehr natürlich, und recht aus dem Leben gegriffen, daß einem, der gröblich gefehlt und so recht blindlings sich einer Gefahr ausgesetzt hat, der Vorwurf gemacht wird: er sah nicht, was jeder sieht, und daß man die grobe Schuld daran erkennen soll, wenn dieser Vorwurf zutrifft. Aber allerdings, der Richter muß Erfahrung haben, und die Menschen kennen, um diese Maxime (ein Princip würde hier vergeblich gesucht werden) mit Sicherheit anwenden zu können, und unbärtige Richter waren dem Römer in der guten Zeit unbekannt.

L. 22. §. 3. D. ad SCtum. Trebell. Ulpianus lib. 5. Disputationum.

Sed enim si quis rogetur restituere hereditatem et vel servi decesserint vel aliae res perierint, placet non cogi eum reddere, quod non habet; culpae plane reddere rationem, sed eius quae dolo proxima est: et ita Neratius lib. 1. responsorum scribit. Sed et si cum distrahere deberet, non fecit lata culpa, non levi et rebus suis consueta negligentia 1), huiusmodi rei rationem reddet. Sed et si aedes ustae sunt, culpae eius reddet rationem. — Quodsi sine facto eius prolixitate temporis aedes usu adquisitae sint, aequissimum erit, nihil eum praestare, cum culpa caret.

Hat jemand eine Erbschaft als Fideicommissar zu restituiren, und es sind Sklaven gestorben oder andere Sachen zu Grunde gegangen, so kann man nicht von ihm verlangen, daß er restituiren solle, was er nicht hat. Freilich muß er aber für culpa herkommen, jedoch nur für die an den dolus gränzende culpa, wie auch Neratius behauptet. Eben so auch, wenn er veräußern mußte und es nicht that aus grober Schuld, nicht etwa aus einer leichten ihm in eignen Sachen gewöhnlichen Nachlässigkeit, so muß er dafür herkommen. Eben so auch wenn Gebäude abbrennen durch seine Schuld, so ist er

1) Das Wort levi ist nach Sinn und Wortzusammenhang auf das folgende negligentia und nicht auf das vorhergehende culpa zu beziehen. Freilich war es unbesonnen, wenn Einige diesen Satz so verstanden (z. B. Gothofred ad L. 23. de R. I.) als werde hier die culpa levis durch culpa in concreto erklärt, aber beide sich einander gleich gestellt, wie Brückner l. c. richtig bemerkt hat; wenn er selbst aber et wie item versteht, und jenes Wort nicht als einen erklärenden und näher bestimmenden, sondern als einen absondernden Zusatz anknüpfend denkt, so verfehlt er wieder den wahren Sinn. — Will man mit Donell's Nachfolgern die culpa in concreto auch durchaus culpa lata genannt haben, so muß man freilich wie *Chesius* (interprett. Iurispr. Roman. et AA. T. II.) cap. 45. §. 7. so interpretiren: non levi culpa, id est, rebus suis consueta negligentia.

verantwortlich. — Werden Gebäude, ohne daß er dazu beitrug, bloß durch Zeitverlauf verloren, so ist es höchst billig daß er dies nicht zu prästiren habe, da er ja nicht Schuld daran ist.

Bei Universalfideicommissen ist alles im Grunde eben so, wie beim depositum, auf bona fides gestellt; eine Beflissenheit, wie sie bei andern obligationes vorzukommen pflegt, gehört hier gar nicht zur Verpflichtung, also in d. R. auch keine culpa, die in bloßer Nachlässigkeit besteht, nur Unfleiß, der mala fides, fraus ist, ist hier verantwortlich, also nur grobe Nachlässigkeit, und solche, die an sich leicht, dadurch ein schweres Versehen wird, daß man sie wider eigne Gewohnheit beging, kommen hier in Betracht. Einen Unterschied mit Rücksicht auf die obligatio allein gibt es hier zwischen culpa in faciendo und non faciendo, zwischen Aquilischer und außeraquilischer culpa gar nicht: alle levis culpa muß den Charakter des dolus haben, wenn sie hierher gehören soll. Daher ist hier zuvörderst von einem Begegniß die Rede, welches so gut Aquilische als nicht Aquilische culpa zuläßt: es gehen Erbschaftssachen zu Grunde; geschieht dies durch Schuld des fideicommissarischen Erben, so kann diese eben so gut in einem Thun, als in einem Lassen bestehen, die Schuld muß jedoch auf allen Fall eine dem dolus gleich stehende sein. Aber allerdings, heißt es nun weiter, reicht es hin, daß er Sachen, die ohne Schaden nicht unveräußert bleiben konnten, nicht veräußerte: also auch bloßes Unterlassen, zuerst omissio custodiae s. lato und dann sogar Nichtveräußern, wo es nöthig war, ist zureichend. Aber auch dies, soll es anders hier verantwortlich machen, muß mit culpa lata oder culpa in concreto verknüpft sein. Nun war die Bedeutung von culpa wohl bestimmt genug, als daß der Jurist nicht bei dem folgenden Fall, wenn Gebäude abgebrannt waren, mit dem bloßen

Worte culpa sollte haben ausreichen können: culpa ist hier immer culpa dolo proxima. Auch in dem letzten Fall, da Erbschaftssachen durch Usucapion verloren gegangen, wird gar nicht zwischen culpa in faciendo und non faciendo unterschieden, sondern es wird nur gesagt, wenn ohne alles Mitwirken von seiner Seite, bloß und allein durch Länge der Zeit die Usucapion geschah, ihn also gar keine Schuld treffen kann, so soll auch kein Ersatz eintreten. Nun versteht es sich aber doch wohl von selbst, daß, wenn er entweder wußte, daß eine usucapio zu interpelliren war, und er es nicht that, oder er doch gegründeten Verdacht hatte, daß jemand eine Erbschaftssache als die seinige besitze, und nun aus unbegreiflicher Trägheit oder Leichtsinn die interpellatio unterließ, er als zum Schaden der Erbschaft mitwirkend zu betrachten sei. Die Fälle sind hier vom ersten bis zum letzten vollkommen auf gleiche Weise zu behandeln.

Aus diesen beiden Fragmenten erhellt es denn klar genug, daß die Römer wirklich glaubten, in der negligentia suis rebus non consueta liege ein dolus. Aber es gibt auch noch einen andern Beweis, den ich nirgends beachtet gefunden; dieser nämlich liegt darin, daß wer nicht diligentia omnis und also custodia (s. str.) zu prästiren hat, nie die actio furti hat, selbst wenn er wie der socius oder der tutor[1]) diligentiam quam suis etc. also oft jede Schuld bis zum casus, zu prästiren hat. Der Grund hiervon kann nur der sein, welchen L. 12. §. 1. D. de furtis ausspricht: nemo improbitate sua consequetur actionem: doch davon das Nähere unten[2]).

§. 64.

L. 226. D. de V. S. Paulus lib. I. Manualium.

Magna negligentia culpa est, magna culpa dolus est.

Große Nachlässigkeit ist immer Schuld, obwohl kleine es

1) L. 85. D. de furtis.

2) S. §. 83.

nicht immer ist; große Schuld aber, also, da große Nachlässigkeit, wenn sie Schuld ist, nur große Schuld sein kann, auch diese, ist immer dolus. So, glaube ich, muß man die Lücken, welche die sehr gedrängten Worte gelassen, ausfüllen. Es konnte bezweifelt werden, ob eine Nachlässigkeit dolus sein könne, und ob ein großer Grad derselben, wenn er etwa zugleich in eignen Sachen gewöhnlich sei, für dolus zu halten. Nun ist zwar diligentia levis, wenn bloß diligentia quam suis etc. oder gar culpa lata zu prästiren ist, wie wir oben gesehen haben, gar nicht culpa, wenn sie suis rebus consueta ist, aber negligentia magna muß, wo überhaupt Fleiß anzuwenden ist, schon an und für sich immer culpa und immer ein Zeichen von arger Gesinnung sein 1).

L. 5. §. 2 — 5. §. 9. 10. 13. 15. D. commodati. Ulpianus lib. 28. ad Edictum.

Nunc videndum est, quid veniat in commodati actione, *utrum dolus, an et culpa, an vero et omne periculum?*

---

1) Dieses Resultat, was auch schon nach der Natur der Sache gar keinen Zweifel haben kann, und dieses nothwendige Absondern aller culpa in abstracto von der culpa in concreto wird auf gewisse Weise durch die Worte in L. 1. §. 5. D. de O. et A. quia qui negligenti amico rem custodiendam committit, de se queri debet. Magnam tamen negligentiam placuit in doli crimine cadere, wie *Brückner* de culpa concr. §. 18. m. gut gezeigt hat, bekräftigt, denn der erste Satz schließt die negligentia suis rebus non consueta unbedingt aus, der zweite nimmt dennoch die culpa lata unbedingt auf. Nicht weniger liegt ein solcher Beweis in L. 23. §. 5. D. solut. matrim., denn jene saevitia ist eher culpa lata als dolus. Es läßt sich dies auch durch Induction beweisen, denn wäre es nicht, warum heißt es denn so oft, die culpa lata (in abstracto) sei dem dolus gleich, denn sie wäre dann ja nur darum und in sofern ihm zu vergleichen, als sie culpa in concreto wäre, man hätte also damit ausreichen können, zu sagen, die culpa in concreto oder die negligentia suis rebus non consueta stehe dem dolus gleich. Doch freilich sollte dergleichen keines Beweises bedürfen, und man wird auch erst durch viele Lectüre verleitet. Die Quellen geben keinen Anlaß dazu. Vgl. unt. §. 71. g. d. E.

Et quidem in contractibus *interdum dolum solum, interdum et culpam* praestamus. Dolum in deposito, nam quia nulla utilitas eius versatur apud quem deponitur, merito dolus praestatur solus, nisi forte et merces accessit, tunc enim (ut est et constitutum) *etiam culpa* exhibetur, aut si hoc ab initio convenit, ut *et culpam* et *periculum* praestet, is penes quem deponitur. Sed ubi utriusque utilitas vertitur, ut in empto, ut in locato, ut in dote, ut in pignore, ut in societate, *et dolus et culpa* praestatur.

Commodatum autem plerumque solam utilitatem continet eius, cui commodatur, et ideo verior est Quinti Mucii sententia 1) existimantis, *et culpam praestandam et diligentiam* 2).

---

1) Unbegreiflich ist es, wie aus dieser Redensart: verior est Q. Mucii sententia dieser oder jener hat schließen wollen, daß über diesen Punkt die römischen Juristen uneinig gewesen; wie oft kommt sie im Corpus iuris vor, wo doch an einen Streit gar nicht zu denken ist, um nur ein Beispiel herauszugreifen: L. 13. §. 6. de damno inf. Vgl. L. 32. in f. D. eod. Einen solchen Zwiespalt aber aus einer Vergleichung mit dem precarium, welche einige der römischen Juristen hier soll bedenklich gemacht haben, herleiten zu wollen, scheint mir eben so wenig Beifall zu verdienen, denn man konnte wohl beim precarium fragen: wie kommt es, daß hier, wo in Hinsicht des Vortheils alles ist wie beim Commodat, nur dolus prästirt wird; aber wer sollte wohl jemals die Frage umgekehrt haben: beim precarium wird nur dolus geleistet, warum soll denn beim Commodat mehr geleistet werden? wer konnte zweifeln, ob beim Commodat mehr als dolus zu prästiren sei?

2) Eine elendere Erklärung als die des *Chesius* (interpret. iur. cap. 45. no. 23. etc.) von dieser Stelle kann man wohl nicht leicht finden; aber es ist originell, daß er hier unter culpa, culpa lata, unter diligentia culpa levis versteht. Bei der societas und manchen andern Contracten, die zu beiderseitigem Nutzen gereichen, sei nämlich Streit darüber gewesen, ob auch bloß dolus prästirt werde, indeß L. 72. pro socio etc. entscheide dafür, daß auch culpa, das heißt nämlich culpa lata und dies wieder negligentia suis rebus non consueta, geleistet werde. Darum wurde hier entschieden, daß wo, wie beim Commodat, nur Einer Vortheil habe, der Andere etwas mehr leisten

§. 3. Etsi forte res aestimata data sit, *omne periculum* praestandum ab eo, qui aestimationem se praestaturum recepit.

§. 4. Quod vero senectute contigit, vel morbo, vel vi latronum ereptum est, aut quid simile accidit, dicendum est, nihil eorum esse imputandum ei, qui commodatum accepit, *nisi aliqua culpa interveniat.* Proinde et si incendio vel ruina aliquid contigit vel aliquod damnum fatale, non tenebitur, nisi forte, cum possit res commodatas salvas facere, suas praetulit.

§. 5. *Custodiam* plane commodatae rei etiam *diligentem* debet praestare.

§. 9. Usque adeo autem *diligentia* in re commodata

---

müſſe; alſo diligentiam i. e. culpam levem: „certum est, inquit (Ulpianus), in his contractibus, qui celebrantur in gratiam utriusque contrahentis, dolum et culpam (latam) praestari; ergo *quid plus* praestandum erit in eo contractu, qui solius accipientis causa celebratur, qualis est commodatum, ergo in hoc praestanda erit diligentia (culpa levis).“ Seine Rechtfertigung darüber, daß er doch kurz vorher angenommen, die emtio venditio, die locatio conductio, das pignus etc. ſtehe dem Commodat gleich, es werde allenthalben diligentia diligentis oder was daſſelbe, diligentissimi präſtirt, will nicht recht einleuchten (denn woher denn dieſer Schluß?) Eben ſo wenig ſieht man ein, wie ſich dies mit ſeinem Poſtulat im Anfange: es gebe zwei Arten der culpa lata, die eine: negligentia suis rebus non consueta sei dolo proxima, die andere: non intelligere quod omnes intelligunt, habe nichts mit dem dolus zu ſchaffen, vertrage, und wie man geradeaus die erſtere meinen könne, wenn man von culpa außer dolus (wo blieb denn die andere?) ſpreche. Doch über dieſe Räthſel mag ihn Rhadamanthus befragen. Für uns genügt die Bemerkung, daß er zu den wenigen alten Schriftſtellern gehört, welche nur zwei Grade der culpa annehmen, und daß ſeine Theorie der Theorie des Donellus (wenn man nämlich auf Zuſammenhang und Ausbildung des Ganzen ſieht, und nicht am Einzelnen klebend die Gleichſtellung des diligentissimus und diligens paterfamilias für den einzigen Charakter dieſer Theorie hält) ſo wenig ähnlich ſieht, daß man beinahe nicht glauben kann, er habe den Donell vorher geleſen.

praestanda est, ut etiam in ea, quae sequitur rem commodatam, praestari debeat, ut puta: equam sibi commodavi, quam pullus comitabatur, etiam pulli te *custodiam* praestare debere, veteres responderunt.

§. 10. Interdum plane *dolum solum* in re commodata, qui rogavit, praestabit, ut puta, si quis ita convenit, vel si sua dumtaxat causa commodavit, sponsae forte suae, vel uxori, quo honestius culta ad se deduceretur. — —

§. 13. Si me rogaveris, ut servum tibi cum lance commodarem, et servus lancem perdiderit, Cartilius ait, periculum ad te respicere, nam et lancem videri commodatam, quare *culpam* in ea quoque praestandam. Plane si servus cum ea fugerit, eum, qui commodatum accepit, non teneri, nisi fugae praestitit *culpam*.

§. 15. Si duobus vehiculum *commodatum sit vel locatum* simul, Celsus filius scripsit lib. 6. Dig. quaeri posse, utrum unusquisque eorum in solidum, an pro parte teneatur? — — esse verius, ait, *et dolum et culpam et diligentiam et custodiam* in totum me praestare debere. — —

L. 10. D. eod. Ulpianus lib. 29. ad Sabinum.

Eum qui rem commodatam accepit, si in eam rem usus est, in quam accepit, nihil praestare, si eam in nulla parte *culpa sua deteriorem fecit*, verum est, nam si culpa eius fecit deteriorem, tenebitur. §. 1. Si rem inspectori dedi, an similis sit ei, cui commodata res est, quaeritur. Et si quidem mea causa dedi, dum volo pretium exquirere, dolum mihi tantum praestabit, si sui, *et custodiam*, et ideo furti habebit actionem. Sed et si, dum refertur, periit, si quidem ego mandaveram per quem remitteret, periculum meum erit, si vero ipse cui voluit commisit, aeque *culpam* mihi praestabit si sui causa accepit.

L. 11. D. eod. Paulus lib. 5. ad Sabinum.

Qui non tam idoneum hominem elegerit, ut recte id perferri possit.

L. 18. pr. D. eod. S. oben §. 47.

Ich habe es für zweckmäßig gehalten, mehrere Theile deſſelben Fragments und nachher doch deſſelben Titels dichter an einander zu rücken, da ſie in der That ſowohl in Hinſicht der Ausdrücke, als der Gedanken, in einem nahen Zuſammenhange mit einander ſtehen. In allen iſt es Hauptzweck, die culpa beim Commodat oder doch bei einem ſehr ähnlichen Geſchäft, wie in L. 10., zu beſtimmen, nur ein paar Stellen, die auch dieſen Punkt betreffen, habe ich weggelaſſen, da ſie entweder nicht viel releviren, oder ich ſie an einem andern Orte nothwendiger brauche. Dieſer Hauptzweck wird gleich anfangs mit den Worten angegeben, es ſolle unterſucht werden, ob beim Commodat bloß dolus, oder ob auch culpa, oder ob ſogar der reine casus zu präſtiren ſei. Daß nämlich periculum hier auf casus gehe, zeigt der Zuſatz omne, denn wenn es auch ein periculum culpae gibt, ſo kann doch dies nicht gemeint ſein, da, wer nur dies, nicht alle Gefahr zu präſtiren hat, ſondern nur diejenige, welche ſeine Schuld herbeigezogen. Die Frage ſollte aber auch offenbar alles erſchöpfen, unter dolus, culpa, periculum omne, muß alſo alles begriffen ſein.

Um die Bedeutung dieſer Frage zu zeigen, wird nun in der Kürze die praestatio culpae bei den Contracten überhaupt dargeſtellt, und hier die allgemeine Eintheilung gemacht, es gebe Contracte, die bloß dolus, andere, die auch culpa zuließen. Unter dieſe beiden Rubriken werden alle hier genannten Contracte gebracht, und unter den letztern ſtehen diejenigen Verhältniſſe, welche diligentia diligentis etc. und diejenigen, welche diligentia quam suis etc. erfordern, ohne daß hier noch auf dieſen Unterſchied aufmerkſam gemacht wird, vermiſcht zuſammen. Als Kriterion der einen oder der andern Klaſſe wird angegeben, ob bloß der, dem präſtirt werden ſoll, oder beide Nutzen haben: das reichte aus, da das Mandat und die negotiorum gestio

nicht genannt sind, und auf das Commodat erst hingeleitet werden sollte. Bei diesem nun wird gleich darauf aufmerksam gemacht, daß es gemeiniglich zum alleinigen Nutzen des Prästanten eingegangen werde, und wer unbefangen prüft, und sein Gefühl nicht durch eine eingebildete Theorie betäuben läßt, wird es sich nicht nehmen lassen, daß der Zusatz et diligentiam hier auf ein amplius gehe, und nicht von bloßer kahler Eintheilung der culpa und ihrer verschiedenen Gattungen die Rede sein könne; es kommt nur darauf an, worauf sich dieses amplius beziehe, und welches Verhältniß es andeuten sollte. Daß kein dritter Grad der culpa gemeint sein könne, ist nicht mehr zu bezweifeln, es kann also nur auf den dritten Grad der Prästation, die Contracte unter einander verglichen, bezogen werden, und zwar so: Ulpian dachte: das Commodat gehört in die letzte Klasse, und läßt also culpa außer dolus, d. h. culpa levis prästiren, aber damit ist für diesen Contract noch nicht alles gesagt, denn es ist hier nicht etwa die culpa auf diligentia quam suis etc. zu beschränken, wie dies bei einigen in der zweiten Rubrik genannten Contracten: dos, societas, der Fall ist, sondern es gehört hier insbesondere diligentia i. e. diligentia omnis zur culpa, die culpa erstreckt sich mit auf diese. Dies kann beim Commodat um so weniger Zweifel leiden, da es nur auf den Nutzen des Prästanten geht, und schon unter den in der zweiten Klasse genannten Contracten, von denen beide Nutzen haben, sich mehrere befinden, welche sich auch vor den übrigen dadurch auszeichnen, daß sie nicht bloß diligentia quam suis, sondern alle Beflissenheit verlangen, nämlich emtum, locatum, pignus, depositum, cui merces accessit. Mithin bezieht sich das Mehr bloß auf das Verhältniß der beiden Arten der diligentia zu einander, nicht etwa auf das Verhältniß der diligentia zur culpa, denn aus dieser als dem unbestimmten genus wird jene nur als bestimmte species herausgehoben. In unserer Art zu sprechen, heißen also die Worte: et culpam praestandam et diligentiam nichts weiter, als: es muß so wie in genere culpa,

so in specie diligentia präſtirt werden. Dieſe Erklärungsart iſt, wie ich glaube, die einzige, welche keine Schwierigkeiten zuläßt, wie der Verfolg noch mehr zeigen wird. Der Donell'ſchen insbeſondere, nach welcher culpa, culpa in faciendo, oder, wie es auf allen Fall berichtigt werden müßte, Aquiliſche culpa heißen ſoll, ſteht auch das noch entgegen, daß ſo oft das Wort auch vorher und nachher in dieſem Fragment und in den gleich folgenden vorkommt, es nur etwa noch in §. 15. dieſen Sinn haben könnte, wo jedoch das Trennen der custodia von diligentia gerade auf unſere Bedeutung leiten muß; daß vielmehr das Wort promiscue von Fällen der diligentia und der Aquiliſchen culpa gebraucht wird, ohne daß auch nur eine Spur zu finden iſt, daß es in dem einen oder dem andern Falle in einem eigentlicheren oder uneigentlicheren Sinne angewandt worden.

Beim depositum war ſchon im §. 2. bemerkt worden, daß man dabei gleich anfangs gültig verabreden könne, daß auch culpa, ja ſogar daß auch der reine casus präſtirt werden ſolle; es leidet keinen Zweifel, daß ein Vertrag, der ausdrücklich auf den letzteren gerichtet wäre, auch die Präſtation beim Commodat ändern würde. In §. 3. kommt eine ſtillſchweigende Verabredung der Art vor: die Sache iſt geſchätzt worden, und der Andere hat es auf ſich genommen, die aestimatio zu leiſten; hier mag die Sache zu Grunde gehen, mit oder ohne ſeine Schuld, oder nicht, ſo muß er immer den feſtgeſetzten Werth leiſten. Es iſt hier offenbar von der immer zu präſumirenden aestimatio venditionis causa facta die Rede; wäre die Sache bloß geſchätzt, damit wenn ſie durch Schuld des Commodatars abhanden käme, man wiſſe, wie viel ſie werth ſei, und er zu erſetzen habe, ſo müßte es bei der culpa und diligentia ſein Bewenden haben. Fehlt es nun aber an einer ſolchen ausdrücklichen oder ſtillſchweigenden Verabredung, und iſt eine vis maior, d. h. eine ſolche Kraft von außen, die in der Regel nicht durch menſchliche Macht, oder doch nicht durch Kraft des Einzelnen

zu überwinden ist: Alter, Krankheit, Raub, Brand, Einsturz, die Ursache des Verderbs; so soll nun keine Verantwortung eintreten, es sei denn, daß dennoch ausnahmsweise eine culpa dabei vorgefallen. Das Wort culpa wird hier also gleich nach jenem Zusatz: et diligentiam, wieder gebraucht, und ganz offenbar von culpa jeder Art und Gattung. Denn diese könnte hier 1) darin bestehen, daß man durch einen widerrechtlichen Gebrauch den Zufall erst möglich machte 1), oder 2) darin, daß man mit Feuer, das man selbst angelegt, unvorsichtig umging, also ohne Zweifel auch in Aquilischer culpa; aber endlich 3) auch darin, daß man eine omissio custodiae beging, z. B. vor Räubern gewarnt, aus Uebereilung oder Trägheit nicht völlig hinreichende Veranstaltungen traf, welche die Gefahr hätten abwenden können, da man sie doch in seiner Gewalt hatte, oder da, wo ein fleißiger Mann sich vorher erkundigt hätte, dies unterließ, oder den kranken Sklaven aus Nachlässigkeit nicht mit Heilmitteln versah. Also das Wort culpa begreift hier jegliches Versehen. Aber was will nun der Zusatz am Ende: Proinde si — praetulit 2), sagen? Ist dies, wie Donell meint, etwas dem Commodat Eigenthümliches, oder wie ist es zu verstehen? Ulpian, wie er diesen kleinen Satz niederschrieb, hat gewiß nicht gedacht, daß er seinen Auslegern so viel Verdruß erregen würde. Preßt man die Worte: nisi forte, cum possit res commodatas salvas facere, suas praetulit, so kann man mit Einigen wirklich herausbringen, daß, wenn der Commodatar in seinem ohne seine Schuld in Brand gerathenen Hause unter vielen eigenen, zum Theil kostbaren, ihm unentbehrlichen und nicht ersetzbaren Sachen, eine Anzahl geliehener, zum Theil sehr unbedeutender geringfügiger Sachen hat, er nicht eher eine von den seinigen, und sei sie noch so unersetzlich, um sie zu retten, anrühren dürfe, bis er jeden fremden Haubenstock gerettet, wenn

1) L. 18. pr. commod.

2) Vergl. Paul. R. S. II. 4. §. 3. Papian. tit. 14. ed. Schulting.

er nicht außer seinem eigenen großen Verlust noch den dazu haben will, alles fremde Nichtgerettete ersetzen zu müssen; denn er hat ja doch immer etwas von dem Seinigen dem verbrannten Haubenstock u. s. w. vorgezogen. Ich dächte aber doch, daß die bona fides, die ja, das Wort in allgemeinster Bedeutung genommen, allein beim Commodat die Leistung bestimmt, dies schwerlich erheischen möchte. Daß dies die Meinung nicht kann gewesen sein, lehrt der ganze Zusammenhang, da hier immer von culpa die Rede ist, und ergibt sich noch besonders daraus, daß der Schlußsatz durch proinde als Folgerung an die Worte: nisi aliqua culpa interveniat geknüpft ist; und wer könnte in jenem Falle wohl an culpa denken? Wenn wir dies Wort in der allgemeinsten Bedeutung, die hier möglich ist, nehmen, so muß die Schuld hier doch entweder in dolus oder Nachlässigkeit bestehen. Dolus kann es nicht sein, wenn einer zuerst nach dem Besten griff, was zu retten war, Nachlässigkeit gewiß auch nicht, da vielmehr sich darin der rechte Takt eines fleißigen Hausvaters zeigt. Culpa ist also nur dann vorhanden, wenn sich ergibt, daß man das fremde Gut bloß darum, weil es fremdes Gut war, dem eignen nachsetzte, erst dann kann man im eigentlichen hierher gehörigen Sinne sagen, daß das Eigne dem Fremden vorgezogen worden. Dies gilt denn nun gewiß allgemein in allen obligationes, nicht bloß beim Commodat, nur darf es natürlich in der höchsten Noth, welche hier vorausgesetzt wird, niemals zu genau damit genommen werden. Auffallend könnte es aber sein, daß hier gerade beim Commodat die Verpflichtung durch Vergleichung mit eignen Sachen bestimmt wird, und also auf diligentia quam suis etc. reducirt zu werden scheint. Das Räthsel ist aber leicht gelöst, wenn man nur bedenkt, daß in einer Feuersgefahr oder was dem gleich kommt, nur wenn Fleiß bewiesen wird, Fleiß zu verlangen ist, denn auch der fleißigste tüchtigste Mensch kann hier den Kopf verlieren, ohne daß ihm ein Billiger darüber einen Vorwurf machen kann, daher denn auch eine Vergleichung mit dem Fleiß eines

guten Hausvaters mit einer diligentia, quam hominum natura desiderat, gar nicht Statt finden kann. Daß aber gerade beim Commodat, und nirgends anders, hievon die Rede ist, kann zufällig sein, oder vielleicht daher kommen, weil kein Richter es sich wird nehmen lassen, beim Commodat hier in casu concreto schon ein wenig schärfer zu sein, als in andern Verhältnissen, in welchen man die fremde Sache nicht durch ein beneficium hat, und also weil ein solcher Fall leichter zur Sprache kam[1]). Das Allgemeine konnte hier fürwahr nur sehr oberflächlich angegeben werden, und es können gar mancherlei Umstände zu erwägen sein, um in jedem Falle auszumitteln, ob wirklich ein solcher Vorzug gegeben worden. An den selten sich ereignenden und noch seltener zur Erkenntniß zu bringenden Fall[2]), den

1) Merkwürdig ist, daß in mehreren deutschen Statuten bei Verhältnissen, welche omnis culpa erfordern, gerade eben so gesprochen wird, (s. §. 57. die Endnote) und da ist es denn auch recht leicht ersichtlich, daß an keine Aufopferung, sondern bloß an Unterlassung der schuldigen Aufmerksamkeit gedacht wurde.

2) Z. B. Einer hat zwei Kühe in seinem brennenden Stalle stehen, eine fremde, die er geliehen hat, und eine eigne; das Dach ist im Begriff einzustürzen, in diesem Augenblick greift er nach der eignen, und läßt die fremde stehen; zur Thatsache gehört auch noch, daß die fremde ihm eben so nahe stand, als die eigne oder noch näher, und daß der Einsturz an beiden Stellen dem Augenschein nach gleich drohend war. Dies möchte fürwahr eine scrupulosa inquisitio abgeben. — *Brückner* de culpa quae concr. talis, meint, es sei nicht wahr, daß wer seine kostbaren Sachen den fremden deponirten vorzöge, eine fraus begehe, nämlich citra ius civile; er nimmt immer wie ein gläubiger Gesetzanbeter, seine Vernunft gefangen. — *Gensler* exercit. ad doctr. de culpa fasc. 1. §. 13. ist dagegen der Meinung, daß ein jeder, der Fleiß auf die Verwahrung einer fremden Sache zu verwenden habe, seine Sache der fremden aufopfern müsse („debet ubi periculum adsit, ne suae ac alienae res simul servari possint, rem alienam custodiendam suae rei propriae praeferre.") Er zieht dabei die bekannte von der mora handelnde L. 137. §. 4. de V. O. an, und bedient sich dann pag. 26. not. 1. des Arguments: quae sumtibus nostris fieri possunt, impossibilibus non adnumerantur. Aber im Falle der mora ist die Verbindlichkeit speciell entschieden, hier ist ja noch erst die Frage, ob denn z. B. der Verkäufer, bei

Donell allein vor Augen gehabt zu haben scheint, da es klar ist, der Commodatar habe zwischen ein paar Sachen, einer geliehenen und einer eignen, die traurige Wahl gehabt, nur die eine sei zu retten gewesen, die andere nicht, ist sicher nicht gedacht worden; wollte man ihn aber zum Gegenstande der Untersuchung machen, so müßte man nicht vergessen, daß hier gar nicht von Fleiß oder Nachlässigkeit, sondern nur von Aufopferung die Rede sein könnte.

Wie oben bemerkt wurde, daß diligentia zu culpa gehöre, wird in §. 5. bemerklich gemacht, daß zur culpa und diligentia custodia gehöre. In sofern verhält sich immer custodia zur diligentia, wie diese zur culpa, als auch diligentia immer das genus, custodia die species ist; nur bleibt der Unterschied, daß diligentia s. str. ein bestimmtes genus ist, welches stets die custodia s. str. begreift (d. h. die Verbindlichkeit dazu, wo ihr Gegenstand überhaupt denkbar ist), wie das weiter unten noch näher gezeigt werden soll, culpa dagegen die diligentia s. str. nicht allemal begreift. Beim Commodat ist dies, so wie bei allen Contracten, welche bloß auf Zurückgabe und Bewahrung einer Sache gehen, recht sichtbar, da hier sogar diligentia factisch in nichts anderem, als custodia bestehen kann, denn culpa ist hier nur auf zweierlei Weise denkbar, entweder dadurch, daß man selbst die Sache beschädigte, oder dadurch, daß man sie nicht gegen Unfälle von außen 1) durch die nöthigen Veranstaltungen

---

dem die Sache liegen blieb, auch verpflichtet ist, sich die fremde Sache etwas kosten zu lassen, und ob dies schon stillschweigend in der allgemeinen Verbindlichkeit zur custodia enthalten ist?

1) Nämlich das außerhalb im Verhältniß zum Verpflichteten gedacht; denn auch das gehört dahin, wenn einem kranken Sklaven nicht durch zeitige Herbeischaffung eines Arztes, der helfen kann, geholfen wird. Wer dies nicht thut, läßt dem Sklaven nicht den gehörigen Schutz angedeihen. Ja es gehört dahin, wenn der Sklave sich selbst schadete oder entfloh, und dies dem obligatus zu imputiren war, denn Aufsicht auf die Sache, daß dem Andern nicht geschadet werde, gehört zur custodia.

schützte, jenes wäre Aquilische culpa, dieses omissio custodiae. Daher kommen denn gleich in §. 9. die beiden Worte wie völlig gleichbedeutend vor 1).

§. 10. enthält einen Ausnahmsfall, in welchem wegen des alleinigen Interesse auf Seiten des commodans nur dolus prästirt wird. Bequemer würde er mit L. 18. pr. zusammengestellt, wo, wie wir schon gesehen haben (§. 47), ein anderer Ausnahmsfall vorkommt, in welchem wegen des zweiseitigen gemeinsamen Interesse nur diligentia quam suis Gegenstand der culpa ist.

Im §. 13. kommen ein paar Fälle vor, in denen offenbar nur von omissio custodiae, also *diligentiae*, die Rede sein kann: ein Sklave verlor eine mit ihm zugleich gleichsam als Zubehör geliehene Sache 2), oder er entfloh, indem er sie mitnahm; hier ist nur Schuld überhaupt möglich, wenn man Ursache hatte ihn unter Aufsicht zu halten und es unterließ, wenn man ihm zuviel Vertrauen schenkte. Dennoch kommen hier die Worte diligentia oder custodia gar nicht vor, sondern zweimal kommt das Wort culpa vor: wie unregelmäßig, wenn kurz vorher zwischen culpa und diligentia als verschiedenen species unterschieden wäre. Aber culpa war dort nur durch diligentia dem Umfang nach bestimmt, und man wußte nun ein für allemal, was man hier unter diesem Wort zu verstehen hatte. Es war also auch nichts im Wege, alle drei Worte hier nach Willkühr und Bequemlichkeit zu gebrauchen.

Was bei Gelegenheit der vorigen Paragraphen zerstreut vorkam, findet sich in §. 15. zusammengedrängt. Es heißt: alles muß in dem vorliegenden Fall, die Sache mag geliehen oder gemiethet worden sein, in solidum geleistet werden, dolus, wenn er gerade in Betracht kommt, auch culpa, in specie diligentia (denn sie gehört hier mit zur culpa) in

---

1) Vergl. Paul. R. S. II. 4. §. 3.

2) Servum cum lance: die Basilik. übersetzen es: δοῦλον μετὰ δίσκου, wahrscheinlich richtig: es war ein Diskuswerfer.

specie custodia (denn darin besteht hier die diligentia). Diligentia und custodia können hier nicht als verschiedene species gemeint sein, sie sind es nirgends, aber hier am wenigsten, denn war der Wagen beschädigt ohne ihr Thun, so kann dies nur darin bestehen, daß sie es an custodia gebrechen ließen, denn z. B. auch wenn sie an dem Wagen nicht zu rechter Zeit die Räder bestreichen, oder ihn nicht ausbessern ließen, wie er ohne ihre Schuld auf der Reise beschädigt worden, so daß er nachher ganz zusammenbrach, so haben sie es an Aufsicht und schützender Bewahrung fehlen lassen.

In L. 10. ist im Anfange von einem Falle Aquilischer culpa die Rede, und diese wird auch schlechthin culpa genannt; sodann aber gleich in §. 1. auch von einem Fall versäumter custodia, und dies wird erst custodia, nachher culpa genannt. Das Wort custodia heißt hier keinesweges bloß Schutz gegen Diebstahl, sondern es wird daraus nur, daß custodia überhaupt zu prästiren (was hier eben so viel sagt, als es sei diligentia zu prästiren) geschlossen, daß er die actio furti habe; es wird aber auch ferner daraus geschlossen, daß wenn er beim Wegschicken der Sache nicht gehörig dafür sorgte, daß ihr kein Schade geschehe, und sie nicht abhanden komme, auch durch Wahl eines zuverlässigen Ueberbringers, wie L. 11. dies bestimmt, er nun für culpa i. e. custodia sive diligentia haften müsse, culpa und diligentia waren hier also sicher niemals speciell verschieden. Zugleich sieht man aus dieser Stelle, daß einseitiger Vortheil der Prästanten weder in dem Fall des §. 1. noch beim Commodat, welches ihm verglichen wird, annoch ein besonderes plus der Leistung hervorbrachte; denn sicher geht das sui causa auf beides, da gerade der Fall hier gewiß nicht unberücksichtigt gelassen worden, da der Andere nur die Sache zur Untersuchung ihres Werths hingab, damit ich sie kaufen solle. Gerade so stellt die Sache dar die hier so merkwürdige und daher einzuschiebende

L. 17. §. 2. de praescriptis verb. Ulpianus lib. 18. ad Edictum.

— — Si cui inspiciendum dedi, *sive ipsius* causa *sive utriusque*, et dolum et culpam mihi praestandam esse dico, *propter utilitatem*, periculum non, si vero mei duntaxat causa datum est, dolum solum, quia prope depositum hoc accedit.

Es gab hier also nur zwei Klassen: entweder man hatte Vortheil oder nicht; es gab hier nur drei Arten der praestatio 1) dolus solus, 2) dolus et culpa, 3) casus fortuitus: nur die beiden ersten gehörten zur culpa, und bei der zweiten Art war hier, wo keine communio und eben so wenig ein gezwungenes Verhältniß Statt fand, diligentia omnis unter der culpa immer enthalten. Der Fall also, da der inspector allein Vortheil hatte, stand dem regelmäßigen Commodat gleich; der Fall, da sie beide Vortheil hatten, war den Wirkungen nach von diesen beiden nicht, wohl aber von dem unterschieden, da, wie in L. 18. pr. das Commodat den Vortheil beider bezweckte, denn dann war eine Art Gemeinschaft vorhanden 1).

Diese L. 18. pr. nun ist schon oben (§. 47.) ausgelegt und angezeigt worden, daß die Worte diligentia und culpa, so wie sie hier kurz nach einander vorkommen, sich mit der Donell'schen Worterklärung gar nicht vertragen. Mit unserer stimmen sie aber vortrefflich überein, da gerade culpa hier schon nach dem in L. 5. §. 2. in f. Gesagten den bestimmten Sinn hat, daß

---

1) *Ein neuer Beweis, daß die Prästation beim Commodat durch den alleinigen Vortheil nicht erhöht wird im Verhältniß zu Contracten, wo bezahlt wird und beide Vortheil haben, steht im Gaius III. 206. Bei Gelegenheit der actio furt. heißt es: „Quae de fullone aut sarcinatore diximus, eadem transferemus et adeum, cui rem commodavimus, nam ut illi mercedem capiendo custodiam praestant (vom Depositar gilt dies Recht nicht, also gilt hier immer schon technische Bedeutung des custodiam praestare s. unt.), ita hic quoque utendo *commodum percipiendo*, similiter, custodiam praestare." Also nur auf das commodum percipere des Prästanten kommt es an, dann ist alles gleich. Daß der Depositar nicht custodiam praestat folgt gleich im Gaius §. 207.

auch die diligentia, qualem quisque diligentissimus paterfamilias suis rebus adhibet, mit darunter begriffen ist.

§. 65.

L. 23. de R. I. Ulpianus lib. 29. ad Sabinum 1).

Contractus quidam dolum malum duntaxat recipiunt, quidam et dolum et culpam, dolum tantum, depositum et precarium; dolum et culpam, mandatum, commodatum, venditum, pignori acceptum, locatum, item dotis datio, tutelae negotia gesta (in his quidem et diligentia 2)),

1) *Vgl. H. L. Z. a. a. O. S. 724.

2) Von dieser Lesart sagt Donellus: ut olim vulgaris lectio fuit, ut subaudiatur, inest, vel praestatur, und weiß nichts dagegen einzuwenden, als daß sie aussage, die vorhergenannten Geschäfte erforderten diligentiam, dies könne unmöglich sein: „recensuerat enim inter alios societatem, dotem, tutelam, rerum communionem.“ Wie flüchtig! Societas et rerum communio kommen ja erst hinterdrein. In der That habe ich sie in folgenden Codices gefunden: Rom. 1476. (in hiis). Norimb. 1483. Basil. 1541. Paris. 1548. Nor. 1529. Lugd. 1551. hat: in *iis* qui*dam* et diligenti*a*. In dem Codex, aus welchem Raevardus ad h. L. (Comm. ad tit. P. d. div. R. I. Antverp. 1568.) seinen vorangestellten Text abschrieb, hieß es auch: in his qui*dem* et diligenti*a*, welches aber durch: *sed* et societas mit dem Folgenden verbunden wurde. Auch Bocerus (Henrici Boceri Salcateni Commentt. in L. 23. de R. I. Spirae 1587. pag. 88.) las so wie wir. Beide aber verstehen sie ganz anders. Auch die Basiliken haben: εν τουτοις δε επιμελεια. obgleich freilich in einer andern Verbindung von Anfang an. Auf Donell's Autorität hin, der hier doch gar nicht einmal recht zusah, scheint man diese Lesart ganz vergessen zu haben, so oft man über die beiden andern zankte. Die Lesart der Florentina: in his quidem et diligentiam, gibt nicht einmal einen andern Sinn, wenn man nur nicht gerade wie Donellus durch hi ipsi und recipiunt ergänzt, sondern etwa durch praestari dicendum est, was denn aber die Wortlücke unnöthig vergrößern würde; oder mit *Cagnolus* ad h. l. pr. durch *praestamus*, was denn nur etwas ungewöhnlich klingt; besser gewiß durch *exigimus*. Die Florentinische Lesart haben Cod. ms. de Tortis 1491. 1494. 1507. Venet. 1499., Venet. 1502., Lugd. 1513., 1515. 1604. A. Bocardus. Paris. 1510. 8. Paris. 1525. 8.

societas et rerum communio et dolum et culpam recipit 1): sed haec ita, nisi si quid nominatim convenit, vel plus vel minus, in singulis contractibus, nam hoc servabitur quod initio convenit, legem enim contractus dedit; excepto eo, quod Celsus putat, non valere, si convenerit, ne dolus praestetur, hoc enim bonae fidei iudicio contrarium est, et ita utimur. Animalium vero casus, mortesque quae 2) sine culpa accidunt, fugae servorum, qui custodiri non solent, rapinae, tumultus, incendia, aquarum magnitudines, impetus praedonum, a nullo praestantur.

Dieſes Fragment iſt ſehr merkwürdig, ſchon deswegen, weil es das einzige iſt, welches, wenigſtens ſo wie es nun da ſteht, die Präſtationslehre bloß im Allgemeinen, ohne Rückſicht auf einen beſondern gerade vorliegenden Contract, und zwar erſchöpfend hat vortragen ſollen; ſodann auch darum, weil es ſich

---

Venet. 1487. (in iis). Venet. 1483. in *iis qd.* diligenti*am* societas etc. Venet. 1485. in his *quod* diligenti*am*. Die von Donellus und nach ihm ſo ſehr begünſtigte Lesart: in his qui*dam* et diligenti*am* verträgt ſich mit ſeiner Theorie keineswegs, und hat, dünkt mich, alle Kennzeichen einer ſpätern vermeinten Verbeſſerung. Sie ſteht übrigens Paris. 1529. Lugd. 1542. Paris. 1559. Lugd. 1566. in *iis*. Paris. 1536. 8. Paris. 1539. 8. Paris. 1550. 8. Senneton. (in iis) Baudoza. Der Cod. ms. Regiomont. lieſt wie die Florent. und ſo auch der Cod. ms. Hafn. Die Conjectur des Löhr, welcher quaedam ſtatt quidam und diligentiam lieſt, und meint, daß die Fälle der negotia gesta, welche keine diligentia kennen, dadurch abgeſondert werden ſollten, iſt, wenn ich nicht ſehr irre, von Schömann Fragmente pag. 102. hinreichend widerlegt worden. Die von mir gewählte verträgt ſich vollkommen ſowohl mit dem grammatiſchen als dem ſachlichen Zuſammenhang.

1) Am vollſtändigſten beſeitigt Huſchke im Rhein. Muſ. Bd. 7. Nr. 3. S. 74. jeden Anſtoß, indem er eine Verſetzung in der Florentina annimmt und folgenden Text conſtituirt: locatum, negotia gesta (in his quidem et diligentia [praestatur]): item dotis datio, tutela, societas et rerum communio et dolum et culpam recipit. Anmerk. des Herausgebers.

2) Richtiger ſtatt mortes quaeque.

bisher, aller angewandten Mühe ungeachtet, nicht unter die Theorie, welche zwei Grade annahm, zwängen lassen wollte. Donell liest quidam und bezieht dies auf die sechs vorhergehenden Contracte, welche diligentiam aufnehmen, aber quidam kann nicht auf sechs gegen zwei gehen, und wenn man auch ihm darin gefällig sein will, noch die zwei folgenden hinzuzuwerfen, und selbst wenn man, wie er auch thut, die Tutel wieder in zwei spaltet, tutela et curatela, so bleibt die Waagschale, wohinein die quidam kommen, doch immer noch zu schwer. Spätere Conjecturen sind aber gar unglücklich abgelaufen. Nach dem jedoch, was oben über Wortbedeutung, das Verhältniß der culpa zur diligentia, der diligentia diligentis etc. zur diligentia quam suis etc. über den Begriff der letztern und die verschiedene Art sie anzusehen, und die Weise der Römer, die culpa selbst und die Contracte, wenn von Prästation derselben die Frage war, einzutheilen und zu behandeln, dargelegt worden, scheint gar keine ernsthaft zu betrachtende Schwierigkeit übrig bleiben zu müssen.

Gerade wie in L. 5. §. 2. commodati (von demselben Verfasser) wird die Eintheilung der culpa in dolus mit Inbegriff der culpa lata, und culpa schlechthin d. h. culpa levis zum Grunde gelegt, und darnach werden die beiden Klassen gemacht: Contracte, die dolus, und solche, die auch culpa zulassen. Unter diese Klassen werden, ohne daß Unterklassen gemacht sind, alle Contracte gebracht, denn daß sich die Prästation noch unterscheiden kann, je nachdem ein Contract die culpa auf diligentia quam suis beschränkt oder nicht, wird bei der Klasseneintheilung so wenig hier als dort beachtet. Wie dort aber bei einem einzelnen Contract, dem Commodat, erst angeführt wird, daß culpa sich auf diligentia erstrecke, wird auch hier nur bei einem einzelnen Contract, den negotiis gestis, besonders bemerklich gemacht, daß in specie auch diligentia zu prästiren sei: in his quidem et diligentia scil. praastatur, (oder wenn man lieber will, ecigitur, venit, continetur —

auch die Leichtigkeit der Ergänzung spricht für dieselbe) d. h. und zwar wird in diesen den negotiis gestis, in specie auch diligentia geleistet. Warum aber wurde denn hier diese Bemerkung gerade allein bei den negotiis gestis eingeschoben, da doch von diesen hier gar nicht, wie dort vom Commodat, vorzüglich und besonders die Rede ist? Hierauf läßt sich antworten:

1) daß wir die Stelle nicht mehr in ihrem ursprünglichen Zusammenhange besitzen; vielleicht hat sie darin eine solche besondere Beziehung auf die negotiorum gestio gehabt.

2) Es ist sehr wahrscheinlich, daß Tribunian die Parenthese eingeschoben. Im Anfange werden fünf Contracte aufgerechnet, die alle diligentia aufnehmen, dabei also nichts davon erwähnt, nun fängt ein neuer Satz mit item und gleich mit zwei Contracten an, die mit diligentia quam suis etc. zufrieden sind, dann negotia gesta und nun wieder zwei Contracte, welche ebenfalls nicht durchaus diligentia erfordern. Man wollte die Ordnung beim Abschreiben nicht verändern, konnte aber doch bei den zwischen lauter von den übrigen durch item abgesonderte Contracte mit diligentia quam suis etc. gerathenen negotiis gestis die Bemerkung nicht zurück halten, daß bei dieser die culpa sich immer auf das Aeußerste erstrecke. Die alten Juristen beachteten das nicht, wenn im Allgemeinen von Contracten und ihrer Prästation die Rede war, es ward erst beim Einzelnen angeführt, und auch da zuweilen nicht erwähnt.

In L. 5. §. 2. war dies nicht so auffallend oder doch nicht so leicht durch eine eingeschobene Bemerkung zu verbessern gewesen, weil die Contracte in derselben Klasse ganz durch einander gemengt sind: „ut in locato (d. d.) ut in dote (d. q. s.) ut in pignore (d. d.) ut in societate (d. q. s.).“

3) Will man aber dies nicht annehmen, so wäre es auch gar kein Verstoß gegen hermeneutische Wahrscheinlichkeit, wenn man dem Ulpian selbst hier eine etwas flüchtiger gefaßte Rede zutraute. Er konnte immer das Einschiebsel

ſelbſt gemacht haben, weil er einmal dotis datio, und tutelae (scil. iudicium) geſchrieben, und nur noch die societas und rerum communio übrig hatte, ſtatt, was freilich beſſer geweſen wäre, auszulöſchen und negotia gesta vor item zu ſtellen. Es dürfte nicht zu ſchwer ſein, andere Beiſpiele anzuführen, daß der in allem Weſentlichen ſo vortreffliche Ulpian nicht gerade immer im Ausdruck und in der Compoſition diligentiam diligentissimi angewandt 1). Und ſelbſt dieſes ſelbige Fragment iſt überhaupt nicht übermäßig ſorgfältig geſchrieben. Der Satz, daß ein pactum in initio contractus initum die praestatio culpae erhöhen oder herabſetzen könne, iſt, wie mich dünkt, etwas breit vorgetragen, das et ita utimur erſcheint ziemlich überflüſſig, endlich ſind die Fälle des reinen Zufalls weitläufig genug, und doch nicht vollſtändig aufgerechnet, ſo fehlen z. B. terrae motus, tempestas, naufragium 2), denn aquarum magnitudines kann nur auf Ueberſchwemmung gehen. Entweder konnte man ſich mit ein paar, wie in L. 5. §. 3., wo auch ruina vorkommt, begnügen, oder man mußte nicht mehrere der wichtigſten auslaſſen 3). Ueberhaupt iſt das Ganze mehr eine bloße Aufzählung als eine mit Gründen belegte Präſtationstheorie, das letztere noch weniger als L. 5. §. 2. D. commodati.

---

1) S. z. B. L. 12. §. 1. de iure dot. wo der Satz: plane si emptorem — tunc dicendum, iustam aestimationem praestandam, durch Unterbrechung den Zuſammenhang erſchwert.

2) S. *Prousteau* ad h. l. cap. 8. no. 15.

3) Allerdings ſind dies Kleinigkeiten, an denen wenig oder gar nichts liegt, aber es ſollte auch nur gezeigt werden, daß eine kleine Flüchtigkeit nichts ſo unerhörtes ſei. Man muß nur wieder nicht vergeſſen, daß Sache und Sprachgebrauch hier denen, welche belehrt werden ſollten, im Allgemeinen ſchon bekannt war. Hätte Ulpian für Deutſche geſchrieben, ſo wäre freilich eine ſolche Nachſicht gegen eine Hand unverzeihlich geweſen.

§. 66.

L. 54. §. 1. 2. D. de A. R. D. Modestinus lib. 31. ad Quintum Mucium.

Item promittendo nobis liber homo, qui bona fide nobis servit, ut emendo vel vendendo vel locando vel conducendo, obligari ipso iure poterit. §. 2. Sed damnum dando damni iniuria tenebitur, ut tamen culpam in damno dando exigere debeamus graviorem, nec tam levem quam ab extraneo 1): L. 12. §. ult. (Ulpian. Lib. 55. ad Ediot.) L. 13. pr. D. de liberali causa (Gaius ad Edictum Praetoris Urbani, titulo de liberali causa). Si quod damnum mihi dederit, qui ad libertatem proclamat, illo tempore quo bona fide mihi serviebat, veluti si ego bona fide dominus noxali iudicio conventus et condemnatus, litis aestimationem pro eo obtuli: in id mihi condemnabitur. L. 13. Illud certum est, damnum hoc solum in hac in factum actione deduci, quod dolo, non etiam quod culpa factum sit 2). Ideoque

---

1) Daß das doppelte tamen der Flor. falſch ſei, ſcheint mir keinem Zweifel unterworfen. Die gewählte Lesart beſtätigen Par. 1529. f. Senneton. (Lugd. 1550.) Paris. 1548. 8. de Tortis 1491. 1494. und 1507. Lugd. 1575. und Andr. Bocard. Paris. 1510. Einige leſen ut *tantum* culpam — — — nec *tam* levem, ſo Cod. ms. und Rom. 1476. —, ſo auch Nor. 1483. und Ms. Hafn. Der Cod. ms. Regiomont. hat: ut *tamen* culpam — — nec *tamen tam* levem: dieſe Lesart hat an ſich etwas für ſich, da das tam leicht nach dem tamen überhört oder überſehen werden konnte, aber es paßt nicht ohne Zwang in den Sinn. — Das doppelte tamen haben nur ſpätere und gemiſchte, z. B. Lugd. 1604. und Baudoza.

2) Die Vulgata lectio: non vor solum und nachher sed ſtatt non, iſt gewiß falſch, wie der Zuſammenhang mit dem folgenden Satze zeigt. Uebrigens findet ſie ſich Rom. 1476. Nor. 1483. Paris. 1529. Senneton. 1550. (am Ende: *aliter ex ea culpa* teneatur). Lugd. 1575. ebenſo Paris. 1548. 8. Cod. ms. (nur noch dolo *malo*). Cod. ms. Regiom. *non* solum in *hac*

licet absolutus hoc iudicio fuerit, adhuc tamen postea cum eo poterit Lege Aquilia agi, cum ea lege etiam culpa teneatur.

Aus L. 54. §. 2. hat man, ich weiß nicht was, machen wollen, bald soll dort von einem dritten Grad der culpa, bald vom ersten, der culpa lata die Rede sein: es ist aber weder von dem einen, noch von dem andern die Rede, sondern von einer culpa levis, mit der es nur nicht so genau genommen werden soll, wie beim extraneus. Verwirft man nur das offenbar unrechte zweite tamen und liest statt dessen tam, und vergleicht damit die L. 13. de lib. caus. so ist alles klar. In der L. 13. ist, wie man aus dem vorhergehenden §. ult. sieht, von dem iudicium de liberali causa und einer dahin gehörigen Schadenszufügung die Rede, und es wird von diesem gesagt, es gehe bloß auf dolus, nicht auf culpa, dann aber die Bemerkung hinzugefügt, daß, wenn der zugefügte Schaden zugleich zur Lex Aquilia (das in L. 12. §. ult. angeführte Beispiel gehört freilich nicht dahin) gehöre, außerdem noch die Actio Legis Aquiliae auf culpa gerichtet werden könne. Von einem solchen Fall nun spricht auch gerade L. 54. §. 2. In dem ganzen Fragment ist davon die Frage, theils, ob man durch den bona fide serviens erwerben, theils, und dies gehört hieher, ob er sich wie ein andrer freier Mensch, der uns nicht dient, durch seine Handlungen uns verpflichten könne. Vom iudicium de liberali causa ist weder in §. 1. noch in §. 2. die Rede, sondern in jenem wird angeführt, daß er eben so vollgültig wie der extraneus mit uns contrahiren könne, in diesem, daß

---

factum actione — — — sed *etiam* quod culpa. Cod. ms. Hafn. *non* solum — in *hoc factum* — sed etiam — postea *cum postea* cum eo — cum ea lege aliter *ex eadem culpa* teneatur. Ferner auch de Tortis 1494. 1491. 1507. (in allen dreien am Schluß: aliter ex culpa teneatur). Andr. Bocard. Paris. 1510. völlig wie de Tortis. Baudoza wie Senneton.

er auch durch ein damnum iniuria datum uns wie jener ex debito verpflichtet werde 1). Dazu wird denn aber bemerkt, man müsse, um den b. f. serviens zu verurtheilen, schon eine etwas bedeutendere Schuld erfordern, nicht mit einer so leichten zufrieden sein, wie beim extraneus. Der Grund ist gar leicht gefunden, es würde sehr hart sein, wenn man einem b. f. serviens jedes kleine Versehen, das er im Dienste begangen, wo dergleichen so leicht vorfällt, hinterher noch anrechnen wollte; ganz so wie einem Sklaven, welcher in testamento liber esse iussus, vor Antritt der Erbschaft geschadet hatte, und gegen den es zwar in diesem Fall ein besonderes iudicium auf dolus und culpa lata gab, aber nie die Aquilische Klage nach erlangter Freiheit wegen während der Sklaverei zugefügten Schadens angestellt werden konnte 2); ganz so, sage ich, konnte man ihn nicht von aller Verantwortlichkeit für culpa levis frei sprechen, da ihn als Freien allerdings die Aquilia traf, welche von

---

1) In L. 13. §. 1. C. ad Leg. Aquil. ist dies nur im Allgemeinen bejaht, aber hier einen dolus oder eine culpa lata zu erfordern, ist ganz gegen die Natur dieser Klage, wie oben gezeigt worden.

2) L. 1. §. 2. D. si is qui testamento liber. Ulpianus liber 38. ad Edictum. Non alias tenebitur iste libertus, quam si *dolo* quid dissipasse proponatur. *Culpa autem negligentiaque* servi post libertatem excusata est, sed *culpa dolo proxima dolum repraesentat.* Proinde si quid damni dedit sine dolo, cessabit ista actio, *quamvis alias* (nämlich gegen jeden Dritten) Aquilia tenetur ob hoc, quod damnum qualiter qualiter dederit. Habet itaque certum finem ista actio, ut et dolo fecerit iste, et post mortem domini, et ante aditam hereditatem. Caeterum si sine dolo, aut dolo quidem, verum vivo domino, non tenebitur hac actione. Quin immo etsi post mortem, post aditam tamen hereditatem cessabit actio, nam ubi adita hereditas est, *iam quasi liber conveniri potest.* Hier konnte er also auch schon ex Lege Aquilia belangt werden, und wußte er vielleicht noch nichts von seiner Ernennung zur Freiheit, und beging das Versehen als muthmaßlicher Sklave und Familienmitglied, so meine ich, muß die Sache wieder so moderirt werden, wie in L. 54. §. 2. D. de A. R. D.

Beschränkung auf dolus nichts weiß. Daher ward denn die Sache, wie gesagt, moderirt. Man sieht also, daß die obige (§. 25.) Entwickelung dem Sinne der Römer ganz gemäß sei. Der letzte Grad der culpa war ihnen kein Extrem, sondern enthielt mehrere Stufen, die aber keinen bestimmten Charakter haben, da sie in der Regel nicht beachtet wurden, die Stufe war einerlei, wenn der Grad nur vorhanden war, und dieser umfaßte sogar in der Regel das Extrem, die culpa levissima, nur in diesem besondern Ausnahmsfall der L. 54. sollte er es, wegen augenfälliger Billigkeit, nicht umfassen: dem Gutdünken des Richters aber blieb es, weil hier keine nähere Bestimmung möglich war, überlassen, wie hoch oder tief er die culpa levis zulassen und von wo an er sie für gravior, d. h. für genugsam bedeutend halten wollte 1).

§. 67.

Zu diesen Gesetzstellen sei es mir erlaubt noch hinzuzustellen

L. 18. §. 4. de damno infecto. Paulus lib. 48. ad Edictum.

Ei qui in conducto solo superficiem imposuit, dominus soli, quod vitio soli damnum futurum sit, cavere non debebit, nec soli domino superficiarius, quia invicem ex conducto et locato habent actiones; in quas tamen actiones ultra culpam nihil venit, plus autem in stipulationem venit damni infecti, quod quidem vitium eius esse dicitur.

L. 24. §. 3. D. eod. Ulpianus lib. 81. ad Edictum.

Haec stipulatio utrum id solum damnum contineat, quod *iniuria* fit, an vero omne damnum, quod extrinsecus contingat? Et Labeo quidem scribit, de damno dato

1) Manche werden es mir oder dem Modestinus sehr übel nehmen, dem Richter so viel Willkühr zugestanden zu haben; daran sollen aber noch am Schlusse dieser Schrift ein paar Worte gewandt werden.

non posse agi, si quid forte terrae motu, aut vi fluminis, alioye quo casu fortuito acciderit.

L. 13. §. 6. eod. Ulpianus lib. 53. ad Edictum.

De illo quaeritur, an inquilinis suis dominus aedium cavere possit? et Sabinus ait, inquilinis non esse cavendum; aut enim ab initio vitiosas aedes conduxerunt, et habent quod sibi imputent, aut in vitium aedes inciderunt, et possunt et conducto experiri, quae sententia verior est.

L. 16. D. de condictione furtiva. Pomponius lib. 38. ad Quintum Mucium.

Qui furtum committit vel re commodata vel deposita utendo, condictione quoque ex furtiva causa obstringitur: quae differt ab actione commodati hoc, quod etiam, si sine dolo malo et culpa eius interierit res, condictione tamen tenetur, *cum in commodati actione non facile ultra culpam*, et in depositi non ultra dolum malum *teneatur is, cum quo* 1) *agetur.*

Aus der erſten Stelle hat man neuerdings ein juriſtiſches Räthſel gemacht 2), wozu der etwas räthſelhafte Ausdruck des Paulus ſie einigermaßen qualificirt. Ich kann, dünkt mich, dem ſinnreichen Einfall nicht beſſer Gerechtigkeit widerfahren laſſen, als durch eine Auflöſung. In L. 18. §. 4. meinte man, zeige ſich bei der stipulatio damni infecti ein plus über culpa hinaus, nun ergebe ſich aber aus L. 24. §. 3., daß dieſe stipulatio ſich bloß auf iniuria beſchränke, iniuria ſei culpa, alſo hätten wir eine culpa, die über culpa hinaus läge; durch einen

1) Wenn hier in der Haloandrina das Wort depositi zwiſchen quo und agetur ausgelaſſen worden, ſo iſt dies ohne Zweifel die richtige Lesart, wenn man nicht annehmen will, daß Pomponius unerträglich ſchlecht geſchrieben habe. Der beabſichtigte Sinn muß freilich immer derſelbe bleiben.

2) Schömann Fragmente aus ſeinen civiliſtiſchen und juriſtiſchen Vorleſungen. Jena 1810. pag. 94. 95.

dritten Grad wäre wohl zu helfen, culpa ginge dann in engerer Bedeutung auf den zweiten. Ich denke aber, es ist noch wohl ohnedies herauszufinden, und ohne daß man sich entschließt, eine praestatio culpae levissimae (!) bei der d. i. stipulatio anzunehmen. Zuvor habe ich es mir vergönnt, noch ein Paar andere Fragmente hinzuzufügen. Das letzte sagt dasselbe, was in L. 18. §. 4. von der locatio ausgesagt war, vom Commodat aus: in commodati actione non facile *ultra culpam* tenetur is, cum quo agetur, und man sieht auf den ersten Blick, daß das ultra culpam Gelegene der casus fortuitus sei, welcher bekanntlich nicht anders prästirt wird, als wenn so verabredet worden.

In der vorletzten Stelle sagt Ulpian in einem vollkommen gleichen Fall dasselbe viel deutlicher, was in L. 18. Paulus fast ein wenig zu künstlich, wie es mir wenigstens scheint, vorträgt. Der Grundsatz, von dem beide ausgehen, ist der in L. 32. in f. eod. ausgesprochene: inutilis est damni infecti stipulatio, quo casu damnum alia actione sarciri potest.

Wenn nun also jemand ein Haus miethet, oder einen freien Platz, um ein Haus darauf zu bauen, und es zeigt sich nachher ein Fehler am Hause oder am Grunde, welcher auszubessern gewesen wäre, z. B. die Wand des Hauses weicht aus, oder der Platz, worauf gebaut worden, stieß an einen Fluß, gegen den er durch eine Steinmauer gedämmt war, diese wird aber nach und nach ausgespült, so daß sie einzustürzen droht, so ist für den Schaden, der daraus entstehen möchte, die stipulatio damni infecti ganz überflüssig, da die actiones locati et conducti hier immer angestellt werden können, sobald nicht etwa der Kläger sich durch eigne Schuld um alles Recht auf Schadensersatz gebracht hat. Denn der Verpächter ist verpflichtet Haus und Grund, der Pächter seine superficies in solchem Stande zu erhalten, daß sie dem Andern keinen Schaden zufügen können. Aber was heißt denn nun das: plus autem in stipulationem venit d. i.? Gewiß nicht so viel als, die Stipulation

würde hier einen größern Umfang haben, als jene Klagen, das wäre ja ein heller Widerspruch, da denn eben dieses plus wegen die Stipulation nicht unnütz sein würde; sondern es sagt nur, was auch durch die gleich folgenden Worte angegeben ist: die stipulatio hat das Ausgezeichnete vor solchen Klagen, daß man dabei nicht nöthig hat, sich auf eine culpa zu berufen, sondern daß es hinreicht, sich auf das vitium soli (oder aedificii oder operis) zu berufen. Aber wiederum, wie reimt sich nun hiermit, daß in L. 24. §. 3. gesagt wird, die stipulatio d. i. trete nicht wegen casus fortuitus, sondern nur wegen iniuria, also culpa ein? Wäre es hier bloß um Disputiren zu thun, und dem Gegner Räthsel mit Räthseln zu vergelten, so könnte man dreist es läugnen, daß dort dergleichen gesagt werde. Es wird freilich gefragt, ob bloß iniuria, oder auch ein von außen her kommender Schaden beachtet werde, und dann die vis maior ausgeschlossen. Aber man lese nur weiter: die ganze Frage wird bald auf die Untersuchung reducirt, ob der Schaden vitio aedificii, operis, soli etc. geschehen sei, und an Beispielen gezeigt, daß von einem solchen vitium und dessen Folgen nur dann die Rede sein könne, wenn die Sache nach und nach gebrechlich geworden, nicht wenn plötzlich eine höhere Macht auf sie gefallen. Nun denke ich aber doch, daß eine Sache ohne unser Zuthun und außer allem Mitwirken von unserer Seite (extrinsecus) fehlerhaft werden kann, z. B. durch Anspülen des Flusses, wie in §. 5. und 11., durch Alter, wie die in §. 9. erwähnten Bäume u. s. w., und wo ist dann hier die iniuria? Die Antwort wird sein: diese besteht darin, daß nicht zu rechter Zeit ausgebessert, der Fluß eingedämmt, die morschen Bäume weggenommen worden; aber wenn dies Unrecht war, warum wurde denn der Schaden nicht als ex iniuria, ex culpa entstanden, erstattet? wozu bedurfte er der stipulatio? und diese stipulatio, ging sie etwa auf culpa? sie ging ja nicht einmal darauf, daß kein Schaden geschehen, oder daß ausgebessert werden sollte, sie enthielt nichts weiter, als

das Verſprechen, der Schaden ſolle, wenn er ſich ereignete, erſetzt werden: quod damnum vitii aedium, loci, operis futurum sit, sarcitum iri, das hieß de damno futuro cavere. Alſo war, damit die stipulatio einfalle, nichts weiter nöthig, als zu zeigen, daß eine ſolche Thatſache ſich ereignet habe, von Schuld war hier gar nicht die Rede, ſie entſtand erſt, wenn er ſich nun zu präſtiren weigerte, denn dies war dolus. So könnte man alſo dabei beharren, daß in L. 24. die anfängliche Frage durch die Folge ganz umgeſtellt, und die Sache auf etwas ganz anderes, als iniuria reducirt worden. In gewiſſem Sinne iſt dies auch unläugbar, und nur, wenn man ganz aufrichtig ſein will, muß man einräumen, daß in einem andern, weniger ſtreng juriſtiſchen Sinne von einer iniuria und einer culpa die Rede ſein könne, und daß in dieſem Sinne auch wohl Ulpian davon in §. 3. geredet habe. Was hier imputirt werden konnte, war allerdings, daß man nicht die Gefahr durch Vorkehrungen, alſo durch poſitives Handeln abgewandt hatte, das ließ ſich aber bei einer vis divina gar nicht thun, und darum heißt es in §. 4., es ſei unbillig, jemanden deshalb verantwortlich zu machen: „quod enim tam firmum aedificium est, ut fluminis aut maris aut ruinae incendii aut terrae motus vim sustinere possit?“ Nach ſtrengem Recht war dies aber kein Unrecht, denn niemand iſt außer perſönlichen Verpflichtungsverhältniſſen zum Thun verpflichtet, wie wir das oben gezeigt haben. Dennoch hielt der Prätor es doch für unbillig, und war es, aus ſeinem Geſichtspunkte betrachtet, unrecht, daß einer zum Verderben des Nachbars ſein Eigenthum verfallen laſſen dürfe. Deswegen führte er eben die Stipulation ein. Dennoch aber ſchob er hier gar keine culpa oder iniuria vor, das wäre viel zu ſehr gegen die herrſchenden Rechts- und Freiheitsbegriffe geweſen, ſondern indem er die iniuria im Hintergrund ſtehen ließ, nöthigte er zu einem Verſprechen des angegebenen Inhalts, und bei der Klage war nun gar nicht von culpa und iniuria die Rede, ſondern bloß von dem, was verſprochen worden, vom vitium aedificii,

loci etc. und dem Ersatz des daraus entstandenen Schadens, und das ist es gerade, was in L. 18. §. 4. gesagt wird; eben dasselbe, was sonst durch diese Klage, durch bloße Berufung auf ein vitium soli erreicht werden kann, konnte hier durch die Berufung auf die culpa und die obligatio aus dem Miethcontract erreicht werden. Mit jener nur verborgen wirkenden iniuria verhält es sich wie mit der beim iudicium de deiectis et effusis vorkommenden culpa dessen, der zwar die Zimmer, von denen herabgeworfen worden, bewohnte, aber selbst an dem Herabwerfen keinen Theil genommen: die Klage ward gegeben, weil man annahm, daß ein diligens paterfamilias immer die Seinigen und was bei ihm sich aufhält, so in Ordnung und unter Aufsicht halten könne, daß dergleichen gar nicht vorfallen müsse; dennoch aber ward dies gar nicht dabei erwähnt, die Klage ward nicht ex iniuria, ex culpa, ex delicto, sondern aus dem nuden factum des Herabwerfens oder Herabgießens quasi ex delicto, gegeben. Man lese nur:

L. 1. §. 4. D. de his qui effuderint. Ulpianus lib. 23. ad Edictum.

Haec in factum actio in eum datur, qui inhabitat, cum deiiceretur vel effunderetur, non in dominum aedium, *culpa enim penes eum est. Nec adiicitur culpae mentio* vel inficiationis, ut in duplum detur actio, quamvis damnum iniuriae utrumque exiget.

Es wäre also wohl mit der L. 18. §. 4. de damn. inf. nicht viel Neues verrathen, aber durch die L. 16. de condict. furt. ist es nun vollends gewiß geworden,

daß auch beim Commodat *ultra culpam* nichts prästirt werde, und daß also auch die dabei zu prästirende *diligentia* nicht *ultra culpam* zu suchen sei.

§. 68.

L. 1. §. 1. D. si mensor falsum modum dixerit. Ulpianus lib. 24. ad Edictum.

Haec actio dolum malum dumtaxat exigit; visum est enim satis abundeque coerceri mensorem, si dolus malus solus conveniatur 1) eius hominis, qui civiliter obligatus non est. Proinde si *imperite* versatus est, sibi imputare debet, qui eum adhibuit; sed et si *negligenter*, aeque mensor securus erit. Lata culpa plane dolo comparabitur. Sed et si mercedem accepit, *non omnem culpam eum praestare*, propter verba Edicti, utique enim scit Praetor, et mercede eos intervenire 2).

Dieſe Klage erfordert allein dolus malus, denn es ſchien völlig hinreichend, den mensor agrorum in ſoweit zu zügeln, daß derſelbe in einem Verhältniß, welches gar keine civilis obligatio mit ſich führt, wegen dolus verantwortlich gemacht würde. Alſo, benahm er ſich ungeſchickt, ſo hat der, welcher ihn wählte, ſich dies ſelbſt zuzuſchreiben, und der mensor kann ſo wenig, als wenn er nachläſſig verfuhr, in Anſpruch genommen werden; freilich ſteht lata culpa dem dolus gleich. Aber eben ſowohl, wenn er einen Lohn bekam, hat er nicht jegliche culpa zu präſtiren, und zwar wegen der Worte des Edicts, denn man kann nicht zweifeln, der Prätor wußte, daß ſie auch zuweilen Lohn bekommen.

Manche haben dieſe Stelle als ein Hauptargument gebraucht, daß es einen dritten Grad der culpa gebe. In der That unbegreiflich! Um dies hineinzuleſen, muß man erſt annehmen, daß die beiden Fälle, da der mensor kein Honorar, und da er eins bekommt, von Ulpian verſchieden behandelt worden, da es doch aller Welt vor Augen liegt, daß er ſie einander vollkommen

1) al. puniatur.

2) Die andern Lesarten ob mercedem etc. et mercedem intervenire, ſind vielleicht Correcturen, der Sinn bleibt derſelbe.

gleich stellt; und so zeigt sich aufs allerklarste, daß sich das Fragment nur mit einer zwiefach getheilten culpa verträgt. Man lese doch nur den Anfang der L. 1.: „Adversus mensorem agrorum Praetor in factum actionem proposuit, a quo *falli* nos non oportet, nam interest nostra, *ne fallamur* in modi renunciatione.“ Also die Klage war wegen fallacia gegeben, das Edict lautete auf dolus: wie konnte hier jemals mehr als dolus und die ihm gleich stehende culpa lata eingeklagt werden? Ferner: „Ideo autem hanc actionem proposuit, quia non crediderunt veteres, inter talem personam locationem et conductionem esse, *sed magis operam beneficii loco praeberi et id quod datur ei ad remunerandum dari et inde honorarium appellari.*“ Die ganze Leistung wurde nicht wie eine contractsmäßige Prästation, sondern wie eine Gefälligkeit angesehen, welcher Charakter ihr auch dann nicht verloren ging, wenn etwas dafür gegeben ward, weil dies bloß als Vergütung, als Honorar anzusehen, nicht als Bezahlung. Eben weil es immer beneficium blieb, war die Klage unbedingt im Edict auf dolus gerichtet, wie kann hier also das Honorar, welches doch das beneficium nicht aufhebt, einen Unterschied machen? Diese Fragen sind es denn nun auch gerade, welche in §. 1. schlechterdings verneint werden. Der Prätor wollte dem mensor agrorum nicht mehr aufbürden, als daß er nur nicht arglistig verfahren sollte. Der Arglist aber steht gleich, wenn er ein grobes Versehen beging, denn auch das verräth arge Gesinnung, sie mochte nun daran liegen, daß er sich eine Geschicklichkeit zutraute, die ihm ganz abging, oder daß er für diesen Fall seine Kunst auf eine unerhörte Art vernachlässigte. Kann ihm daher weiter nichts vorgeworfen werden, als daß er sich ungeschickt oder nachlässig betragen, also nicht so, wie sich ein anderer tüchtiger fleißiger Mann benommen haben würde, war er nicht noch dazu in fraude, das Wort im weitern Sinne genommen, so ist er gar nicht zu belangen. Es kann auch keinen Unterschied machen, daß er eine Vergeltung bekam; denn man kann

es doch wohl dem Prätor zutrauen, er wußte, daß dieser Fall in praxi auch vorkomme; hätte er also gewollt, daß für diesen Fall ein anderes gelten solle, so würde er denselben besonders bestimmt, und die Worte des Edicts nicht so allgemein und unbedingt gefaßt haben: es kann also auch hier nicht omnis culpa, sondern nur fraus und lata culpa verlangt werden. Dies ist ausführlich der unbestreitbare Sinn der Stelle, und eben so unbestreitbar ist nun auch die Folgerung:

Es wird entweder nur culpa lata, oder auch omnis culpa (alles was imputirt werden kann) prästirt; wenn also culpa levis außer culpa lata prästirt wird, so wird culpa omnis prästirt, mithin ist culpa levis omnis culpa, und alles was imputirt und außer dem reinen casus prästirt werden kann.

Wohl aber bitte ich dabei zu bemerken, daß, wie schon oben dargethan worden, hier von einem Geschäft die Rede ist, bei dem gar keine Aquilische culpa denkbar ist, und daher, wenn überall mehr als dolus zugelassen würde, nur allein besondere Beflissenheit, wahre diligentia eintreten könnte.

Siebentes Capitel.

Von einigen Contracten, welche diligentia quam suis etc. erfordern.

§. 69.

Um den Begriff der diligentia quam suis, ihr Verhältniß zur culpa u. w. d. a., wie dies alles oben bestimmt worden, zu noch mehrerer Gewißheit und Klarheit zu erheben, dürfte es dienlich sein, mehrere der Contracte, welche sich mit diligentia q. s. begnügen, in dieser Hinsicht etwas genauer durchzugehen: ich habe dazu die societas, die rerum communio und die Tutel ausersehen.

I. Societas.

Die drei Hauptstellen, welche von praestatio culpae bei der societas handeln, haben wir schon oben (§. 46. und 49.) kennen gelernt, und es ist daraus gezeigt worden, daß die Römer hier nicht bloß dolus und culpa lata, sondern auch culpa levis prästiren ließen, die culpa levis aber dadurch beschränkten, daß sie bei der außeraquilischen culpa die Entschuldigung zuließen, man pflege nicht fleißiger in eignen Dingen zu sein. Aus dem §. ult. I. de societate ergibt sich aber auch, daß früher darüber unter den Römischen Juristen Streit gewesen, ob hier bloß dolus oder außerdem auch noch culpa zugelassen werden solle, daß aber diejenige Meinung die Oberhand behalten (praevaluit), welche die culpa mit herbeizog. Es ist interessant bei Erforschung dieses Streits und seiner Ursachen noch etwas länger zu verweilen. Argumente für und wider sind

nicht angegeben, noch Zweck und Bedeutung dieses Streites dargelegt worden; nur dafür ist ein Grund angegeben, weshalb nicht unbedingt diligentia zu prästiren sei, aber darüber waren die Parteien nicht uneinig. Man muß dieselben also aus dem Geist der Prästationslehre und dem Zusammenhang des Ganzen in sich selbst und mit andern Materien hernehmen. Da muß es nun gleich anfangs auffallen, daß die Gründe, weswegen in §. 3. in f. I. q. m. r. c. o. und noch deutlicher in L. 1. §. 5. D. de O. et A. 1) beim depositum allein dolus, mit Ausschluß aller culpa, die nicht dolus ist, und weswegen nach §. ult. I. de societate und L. 72. D. pro socio, obgleich culpa für zulässig, doch diligentia bei dem Nachlässigen für unzulässig erklärt wird, dieselben sind. Dort, heißt es: quia qui negligenti amico rem custodiendam committit, de se queri debet, oder, wie es in §. 3. cit. heißt: suae facilitati id imputare debet; hier: quia qui parum diligentem sibi socium adquirit, de se queri sibique hoc imputare debet. Ja, beim mensor kommt, wo von Ausschließung des dolus die Rede ist, nämlich in der oben (§. 68.) vorgelegten L. 1. D. si mensor, etwas ähnliches vor: proinde, si imperite versatus est, sibi imputare debet, qui eum adhibuit. War nun also beim depositum derselbe Grund hinreichend, alle culpa auszuschließen, warum nicht auch beim socius? Ohne Zweifel war es auch diese Gleichheit, worauf sich die andere Partei berief. Beim depositum, so argumentirte diese vermuthlich, zeigt sich allerdings ein besonderes Vertrauen zu dem, welchem man seine

1) Gajus lib. 2. aureorum. Is quoque, apud quem rem aliquam deponimus, re nobis tenetur, qui et ipse de ea re quam acceperit restituenda tenetur. Sed is etiam si negligenter rem custoditam amiserit, securus est, quia enim non sui gratia accepit, sed eius, a quo accepit; in eo solo tenetur, si quid dolo perierit. *Negligentiae vero nomine ideo non tenetur, quia qui negligenti amico rem custodiendam committit, de se queri debet* — magnam tamen negligentiam placuit in doli crimine cadere.

Sache so hingibt zur Verwahrung, man muß der freundschaftlichen und rechtlichen Gesinnung des Andern sicher sein, von dem man erwartet, daß er uns umsonst unsere Sache aufbewahren und sie uns zur rechten Zeit unversehrt wiedergeben werde; aber bei der societas tritt dasselbe ein, hier geht man in ein fast noch engeres, beinahe brüderliches Verhältniß willkührlich ein; mit wem man sich zu irgend einem gemeinsamen pecuniären Zwecke zusammenstellt, dem muß man doch vor allen Dingen erst recht vertrauen, und vertraut man unvorsichtig, so mag man sich die Folgen selbst zuschreiben. Dazu kommt noch, daß man selbst noch außer dem Fall eines s. g. n. depositi miserabilis sehr dringende Gründe haben kann, bei dem Andern die Sache zu deponiren, etwa man soll reisen, hat an dem Orte wenig Bekannte, kann aber die Sache nicht mit fortbringen; dagegen ist der Eintritt in eine societas gewiß im Ganzen viel freier, das willkührliche Vertrauen also größer 1). Mit dem Einwurf konnten aber auch die Gegner nicht ausreichen, daß man ja eben darum auch die diligentia, in eventum, mehr beschränke, denn gleiche Gründe müssen gleiche Folgen haben. Ferner, wenn wir die Sache so ansehen könnten, wie Donellus, so würden die Gegner noch mit mehrerem Erfolg so haben raisonniren können. Es hat gar keinen Sinn, daß ihr bei der societas, culpa außer dolus prästiren und nur diese auf diligentia quam suis etc. beschränken wollt; diligentia quam suis etc. ist ja culpa lata in non faciendo, ist also bei der societas so gut wie beim depositum als pars doli zu prästiren; weshalb wollt ihr denn nun aber die culpa levis in faciendo prästiren lassen? Mit dem falschen Vorwand, daß die culpa in faciendo in genere ärger sei, würden sich die Römischen

1) Dasselbe konnte man auch sogar vom Commodat sagen, wenn es hier bloß auf freundschaftliches Zutrauen ankäme, denn was kann uns zwingen, so gütig zu sein, einem Andern unsere Sachen umsonst zum Gebrauch hinzugeben?

Juriſten nicht haben helfen wollen, die Gegenpartei hätte alſo nur ſagen können, die Aquiliſche culpa ſei ſchon an ſich unrechtmäßig, die Aquilia verpöne ſie ja ſchon: dadurch wäre denn aber die societas in eine wahre Abhängigkeit von einem andern Rechtsmittel und einer ganz andern Anſicht gebracht worden, mit der man auch das depositum hatte verſchonen wollen. Zudem war die practiſche Folge ſehr gering: denn wenn ich mich auch gleich durchaus nicht überzeugen kann, daß die Lex Aquilia auch ſolchen gegeben wurde, die im Augenblick der Schadenszufügung nur ein perſönliches Recht an die beſchädigte Sache hatten, vielmehr vom Gegentheil recht warm überzeugt bin 1); ſo konnten ſich doch dieſe, wenn ſie wirklich

1) Die Widerſprüche, welche in neueſter Zeit Schömann Handb. des Civilr. B. I. S. 213. ꝛc. dagegen gemacht hat, ſind wirklich von gar keiner Bedeutung. Der urſprüngliche Grundſatz war: Lex Aquilia domino damna salva esse voluit. Es war ſehr natürlich, daß man dies auf ein jedes ſelbſtſtändige ius in re aliena, vor allem aber auf den, der die Sache in bonis hatte, ausdehnte; aber ſchon wegen des im Text geſagten wäre die Ausdehnung auf perſönlich Berechtigte eben ſo unnatürlich geweſen, als jene natürlich war. Wegen des erſt nachmals Eigenthümer gewordenen Verkäufers leſe man doch nur L. 12. D. de peric. r. v. Lectos emptos Aedilis, cum in via publica positi essent, concidit: *si traditi essent emptori*, aut per eum stetisset, quo minus traderentur, emptoris periculum esse placet. L. 13. eod. eumque cum Aedili, si id non iure fecisset, habiturum actionem Legis Aquiliae, aut certe cum venditore ex empto agendum esse, ut is actiones suas, quas cum Aedili habuisset, ei praestaret. Alle Begriffe aber von literäriſcher Kühnheit überſteigt es, wenn er 1) ſchon aus den Worten: servum *alienum alienamve* pecudem ſeinen Satz beweiſen will, als wären die unterſtrichenen Worte ſo allgemein zu nehmen, daß ſie ein perſönliches Recht mit begriffen, ja dieſe ſprachwidrige Bedeutung aus L. 18. §. 9. D. de damn. inf., wo gerade geſagt wird, daß die verkaufte und nicht tradirte Sache in Betracht des Käufers, nicht etwa des Verkäufers res aliena ſei, und aus L. 21. D. de hered. vend., wo von einem *negotium* alienum die Rede iſt, darthun will; 2) wenn er die L. 13. §. 12. de act. emt. venditi unbedenklich für ſich anführt, da ſie doch dem Käufer, si quid praeterea rei venditae nocitum est, die Aquiliſche Klage noch erſt

dadurch Schaden litten, in der Regel immer durch eine ihnen vom dominus gebührende cessio, oder durch sonstige Ansprüche an diesen helfen, und der ganze Gewinn für den socius wäre also der gewesen, daß er auch die unangestellte Klage auf seine Erben bringen konnte. Hätte sich dies alles nun so verhalten, so würde unbegreiflich sein, warum man nicht gleich anfangs auch in das depositum die culpa und die diligentia quam suis in diesem Sinne mit aufnahm: blieb doch die Aquilische culpa auch, ungeachtet des depositi widerrechtlich; oder aber auch bei der societas ebenwohl dieses fallen ließ, zumal da ein Grund bei beiden Statt fand.

Ganz anders freilich gestaltet sich die Sache, und viel bedeutender wird der Streit, wenn man unsere Ansicht, so wie

---

vom Verkäufer cediren läßt, also sonnenklar gegen ihn spricht. L. 43. D. ad L. Aquil. sagt nichts weiter, als man müsse die Regel cum grano salis verstehen, und nicht etwa glauben, es könne in gar keinem Falle (non utique) einer die Aquilia anstellen, der nicht zur Zeit der Schadenszufügung schon dominus gewesen, das Repräsentationsverhältniß zwischen defunctus, hereditas, heres, das ius accrescendi zwischen legatariis coniunctis (L. 17. §. 1. L. 34. L. 35. D. eod.) und endlich das postliminum müssen Ausnahme machen; ist jemals der Satz wahr gewesen: exceptio firmat regulam in casibus non exceptis, so ist er es hier. Und so enthält auch die noch von ihm angeführte L. 27. §. 14. eine nicht schwer zu erklärende Ausnahme, wenn man nicht etwa das: et si colonus eam exercuit bloß auf das kurz vorhergehende iudicium quod vi aut clam beziehen will. Die Regel wird auch noch aufs deutlichste durch den in L. 17. in f. und L. 35. D. ad L. Aquil. angegebenen Grund: quia retro accrevisse dominium ei videtur bestätigt; und nun lese man noch L. 7. §. 5. de dolo malo; item si servum legatum heres ante aditam hereditatem occiderit, quoniam prius, quam factus sit legatarii, interemptus est: cessat legis Aquiliae actio, de dolo autem actio, quocunque tempore eum occiderit, cessat, quia ex testamento actio competit. Noch möchte L. 5 §. 4. D. de his qui effuderint zu erwägen sein, wenn nicht der sehr verdächtige Text jeder Auslegung widerstände, vielleicht aber dünkt es Andern nicht so.

ſie oben dargelegt worden, vorzieht, denn darnach iſt ſowohl die Aquiliſche culpa, als ſelbſt die negligentia suis rebus non consueta in einen ganz anderen Geſichtspunkt bei der societas als bei dem depositum zu ſtellen, und hat dieſer Unterſchied in der That viel beträchtlichere, ſich auch auf die diligentia quam suis etc. erſtreckende Folgen. Was aber den Grund des Unterſchiedes betrifft, ſo iſt dieſer darin zu ſuchen, worin der viel zuverläſſigere Ulpianus ihn in L. 5. §. 2. commodati allein ſetzt: quia nulla utilitas eius versatur apud quem deponitur, merito dolus praestatur solus. Des andern Grundes, welcher in §. 3. I. q. m. r. c. o. auch allein angegeben worden, bedürfen wir auch nicht einmal als eines Unterſtützungs- oder Ergänzungs-Grundes, in welcher Geſtalt man etwa ſagen könnte, daß er in L. 1. §. 5. d. O. et A. 1) von Gaius, indem er den Grund des Ulpian voranſchickt, aufgeführt worden, denn wenn das Mandat freilich auch als negotium gratuitum doch ſogar diligentia omnis zuläßt, ſo kann der Unterſchied nicht in dem größern Vertrauen beim depositum liegen, da ja der gerade recht vertraut, welcher einen Freund umſonſt für ſich handeln läßt, ſondern er muß in etwas ganz anderem liegen. Alſo auch das depositum ſchloß culpa levis aus, weil der Depoſitar keinen Nutzen davon hatte, die societas nahm ſie auf, aus demſelben Grunde weswegen die dos ſie aufnahm, quia causa sua contrahit socius 2). Um nun aber hier zu erklären, weswegen nicht wie bei andern Contracten, bei denen auch beiderſeitiger Vortheil, oder einſeitiger auf Seiten des

1) *Jetzt wiſſen wir, daß die Inſtitutionen des Gaius von allem dem nichts enthalten, und daß daher vermuthlich alles, was im tit. Inst. quib. mod. re über praestatio culpae ſteht, aus derſelben Schrift des Gaius geſchöpft iſt, woraus L. 1. de O. et A. genommen worden.

2) L. 17. pr. D. de iure dotium. Paulus lib. 7. ad Sabinum. In rebus dotalibus virum praestare oportet tam dolum quam culpam, *quia causa sua dotem accipit*: sed etiam diligentiam praestabit, quam in suis rebus exhibet.

Präſtanten Statt findet, omnis diligentia, ſondern nur diligentia quam suis Gegenſtand der culpa iſt, bedarf es allerdings des Grundes, daß hier wie bei der dos ein beſonders enges Verhältniß des Vertrauens und der Freundſchaft Statt finde, und daß man daher gar nicht auf mehr als ſolchen Fleiß rechnen dürfe, wie der Andere ihn offenbar nur in eignen Angelegenheiten anzuwenden gewohnt iſt. Dies iſt aber auch die wahre Bedeutung dieſes Arguments, und an eine eigne Schuld, die hier compenſirt wird mit der fremden, iſt hier im ſtrengen Sinne nicht zu denken, wenn gleich Gajus, weil er ſich die Sache nicht ganz ausgedacht hatte, dergleichen zu verrathen ſcheint. Man kann in der That ganz unſchuldig an einen nachläſſigen socius kommen, wie man ganz unſchuldig an einen ungeſchickten Landmeſſer kommen kann, und gewiß würde es keine Aenderung in Hinſicht der praestatio machen, wenn man dies in casu concreto auch noch ſo klar bewieſe. Was das sibi imputare eigentlich bedeute, ſieht man auch aus dem angeführten §. 1. L. 1. si mensor, wo es bloß ſchlußweiſe gebraucht wird; da der Mann hier bloß ein beneficium bekommt, und wer dieſes giebt, nicht für mehr als dolus haftet, ſo ſchreibe er es ſich daher (proinde) auf ſeine Rechnung, wenn der mensor ungeſchickt verfuhr, auf die Rechnung des mensor kann er es nicht ſchreiben. Beim socius muß man auf ähnliche Art ſagen: da du vertrauteſt und in ein ſo enges Verhältniß, in ein Bündniß dich einließeſt, ſo konnteſt du auf nicht mehr rechnen, als auf den deinem Geſellen eigenthümlichen Fleiß, vergriffſt du dich alſo in der Wahl, ſo iſt der Schade nun dein; und er iſt ohne Schuld, wenn du mehr erwarteteſt, als er ſtillſchweigend zu leiſten gelobte. Schadete er nur nicht durch eine Nachläſſigkeit, deren Folgen ihn ſchon aus dem allgemeinen Geſichtspunkt der allgemeinen Bürgerpflicht verantwortlich machen würden, verfuhr er nur nicht argliſtig oder ſo grob nachläſſig, wie es nie geduldet werden darf, ſobald irgend ein Fleiß in Betracht kommt, war er nur nicht in dem Grade

fleißig, wie ein durchaus fleißiger Familienvater es zu sein pflegt, und es ergibt sich, daß er auch in eignen Angelegenheiten den Grad öfters nicht erreicht, so kannst du ihm gar keine culpa vorwerfen, und ihn überall nicht verantwortlich machen. Wollte man die Sache geradezu auf exceptio propriae culpae stellen, so müßte man ein gewissermaaßen hinzufügen, welches denn aber den Gegenstand nicht klarer zu machen pflegt.

Daß L. 52. §. 11. keinen Ausnahmsfall von dieser Prästationsregel enthalte, ist schon oben (§. 49. g. d. E.) gezeigt worden, einen wahren Ausnahmsfall scheint aber zu enthalten

L. 23. pr. D. pro socio. Ulpianus lib. 30. ad Sabinum.

De illo Pomponius dubitat, utrum actionem eum [qui socium nocentem solus adhibuit] mandare sociis sufficit, ut si facere ille non possit, nihil ultra sociis praestet; an vero indemnes eos praestare debeat; et puto, omni modo eum teneri eius nomine, quem ipse solus admisit, quia difficile est negare, culpa ipsius admissum.

Was Donellus meint, daß hier doch offenbar eine negligentia in suis rebus consueta vorhanden sei, da er ja auch den socius zu seinen eignen Angelegenheiten zugezogen habe, dürfte uns zwar nicht irre machen, schon allein aus dem Grunde nicht, weil es nicht wahr ist; man lese doch nur die Fragmente von L. 19. an, es ist immer nur von Zuziehung zu Societätssachen die Rede; aber die Gesetzstelle spricht zu unbedingt und allgemein, als daß man hier einer Beschränkung auf negligentia suis rebus non consueta Statt geben dürfte: der socius hafte auf alle Weise und immer, denn wohl niemals könne er hier ohne Schuld sein. Warum das nun nicht? mich dünkt, die Antwort ist nicht schwer: weil schon darin an sich eine Anmaßung liegt, daß er den Fremden zugelassen und er mithin auch die üblen Folgen derselben tragen muß. Die andern socii hatten auf ihn gerechnet, und seine eigne Thätigkeit, sie konnten nicht erwarten, daß er einen Dritten, ohne sie zu fragen, in ihre gemeinsamen Angelegenheiten hineinziehen würde. Ein

anderes wäre es gewesen, wenn er, wie in §. 1. desselben Fragments vorausgesetzt wird, einen Sklaven vor die Arbeit gestellt hätte, denn dieser ist kein selbstständiger Mensch, sondern er kann ihn unaufhörlich unter Zwang und Aufsicht halten; hat also dieser durch Nachlässigkeit geschadet, so haftet er zwar auch, aber nur so weit als er es selbst an dem Fleiße gebrechen ließ, den er in eignen Sachen anzuwenden gewohnt ist: pflegt er daher erweislich den Sklaven auch im Eignen zu solchen Geschäften zu gebrauchen ohne schon unangenehme Erfahrungen gemacht zu haben, und ließ er es hier nicht mehr als dort an Aufsicht gebrechen, so ist ihm nichts vorzuwerfen. Auf den Grad der culpa des Sklaven kommt natürlich an sich gar nichts an.

Compensation wegen in andern Fällen angewandter diligentia kann nie Statt finden 1), gesetzt auch, diese hätte für einzelne Fälle alles gewöhnliche Maaß, und alles, was in Contractsverhältnissen jemals gefordert werden kann, übertroffen, und wäre der Societät noch so ersprießlich gewesen. Dies ist eben so wenig recht, als nach L. 137. §. 2. in f. 2) derjenige, welcher mit übermäßiger Anstrengung und Eile an dem Ort der Zahlung angelangt ist, nun auch die Zahlung so lange aufschieben kann, als er ordentlicher Weise zu der Reise hätte brauchen dürfen, ohne sich verantwortlich zu machen. Wer unrechtmäßiges thut, kann sich nicht darauf berufen, daß er vorher mehr noch als rechtmäßiges that.

Gegen den Erben des socius wird die culpa gerade so weit verfolgt, als sie gegen ihn selbst verfolgt werden konnte 3).

---

1) L. 23. §. 1. L. 25. L. 26. D. pro socio.

2) Oben §. 26.

3) L. 35. 36. D. pro socio.

§. 70.

II. *Communio rerum.*

Die Hauptſtelle iſt:

L. 25. §. 16. 18. D. famil. hereisc. Paulus lib. 23. ad Edictum.

Non tantum dolum sed et culpam in re hereditaria praestare debet coheres, quoniam cum herede non contrahimus, sed incidimus in eum; non tamen diligentiam praestare debet qualem diligens paterfamilias, quoniam hic propter suam partem causam habuit gerendi, et ideo negotiorum gestorum ei actio non competit; talem igitur diligentiam praestare debet qualem in suis rebus.

Die allgemeine Frage, ob der coheres außer dolus auch culpa zu präſtiren habe, iſt zu bejahen; da man nicht durch Contract, ſondern durch einen äußern von uns unabhängigen Umſtand Miterbe wird. Die ſpeciellere, ob auch diligentia diligentis patrisfamilias zu präſtiren, iſt dagegen zu verneinen; denn er konnte hier nicht unthätig bleiben, ohne ſein eignes Geſchäft mit zu verſäumen, weshalb ja auch die actio negotiorum gestorum ihm verſagt wird; mithin präſtirt er nur die Befliſſenheit, welche er ſeinen eigenen Geſchäften zu widmen pflegt.

Eadem sunt, si duobus res legata sit, nam et hos coniunxit ad societatem non consensus sed res.

Gerade daſſelbe muß auch in Hinſicht einer Mehrern gemeinſam vermachten Sache (alſo von jeder communio außerhalb des Societätscontracts) gelten; denn auch hier iſt es kein auf Vereinigung beruhendes perſönliches, ſondern lediglich ein ſachliches Verhältniß,

was die Gemeinschaft hervorbringt.

§. 18. Item culpae nomine tenetur, qui cum ante alios ipse adisset hereditatem, servitutes praediis hereditariis debitas passus est non utendo amitti.

§. 18. Auch wer, indem er den andern Erben durch Antretung zuvorkam, erbschaftlichen praediis zustehende servitutes durch Nichtgebrauch verloren gehen läßt, ist wegen culpa verantwortlich.

Was bei der Societät einen Scheingrund abgab, die Prästation auf dolus einzuschränken, konnte bei einer anderweitigen Gemeinschaft gar nicht in Anrege kommen, denn seinen Coheres, seinen Collegatar wählt man nicht selbst. An besonderes Vertrauen und eine Art von propria culpa war also gar nicht zu denken. Mithin verstand es sich von selbst, und war wohl nie bestritten worden, daß auch culpa zu prästiren sei. Es fragte sich aber ferner: gehört insbesondere auch diligentia diligentis etc. hier zur culpa? Dies wird verneint, eben weil auch der, von dessen Prästation die Rede, ohne Wahl in das Verhältniß gekommen, und weil also nicht zunächst Verpflichtung gegen die übrigen, sondern vornämlich eigner Vortheil seine Thätigkeit für die gemeinsame Sache in Anspruch nahm. Beides ist hier in Rechnung zu bringen, nicht, wie die meisten thun, allein das letztere; sonst müßte jeder, der aus eigennützigen Absichten für einen Andern thätig ist, zu einem geringeren Grade der Beflissenheit verpflichtet sein. Der Coheres aber durfte und mußte thätig sein, schon allein darum, weil es seine Angelegenheit mit war, konnte sich also nicht durch seine Thätigkeit in ein Verpflichtungsverhältniß bringen, indem er sich etwa als negotiorum gestor (quasi ex contractu) Rechte oder Pflichten zuzöge. Contrahirt hatte er in keinem Betracht 1).

1) Es ist nicht recht abzusehen, weshalb *Rittershusius* ad L. 23. d. R. I. cap. 14. und *Brückner* de culpa quae concr. talis. §. 12. hier den

Dennoch ist auch für ihn eine Verpflichtung vorhanden, 1) nicht die res communis zu beschädigen, was ja schon ohne alle besondere Verpflichtung unerlaubt war, und jede Nachlässigkeit ist hier culpa; 2) Fleiß anzuwenden, aber nur so weit die Sache selbst es mit sich bringt, also wenigstens nicht gerade in re communi noch nachlässiger zu sein, als in re propria, denn darauf hatte z. B. der Erblasser oder Schenker wohl sicher gerechnet, indem er ihn in ein solches Verhältniß brachte, daß er nicht gerade hier den Andern zum Nachtheil über sein eignes Maaß unfleißig sein werde. Nur wenn etwa die Andern durch eigne Thätigkeit den Schaden hätten abwenden können, fällt die Verantwortlichkeit weg. Folglich muß der, welcher früher antrat, insbesondere für den Verlust der Servituten durch Nichtgebrauch den Andern, da diese noch nicht einmal zu gebrauchen berechtigt waren, wenn sie sich nicht immisciren wollten, allerdings haften, in so weit er sich in diesem Betracht nach Maaßgabe des Obigen etwas zu Schulden kommen ließ, d. h. aus grober oder doch im Seinigen nicht gewöhnlicher Nachlässigkeit handelte. Dies letztere wird schlechthin durch *culpae* nomine tenetur ausgedrückt. Was zur culpa gehöre, war so eben vorher bestimmt worden. Wollte man nur also im Anfange die nähere Bestimmung der diligentia nicht schon auf das vorhergehende culpa als unbestimmtes genus beziehen, so würde in ein paar durch item verbundenen Sätzen das Wort culpa einen andern und wieder einen andern Sinn haben, und in dem ersten gerade von dem geschieden sein, womit es mit dem letzten zusammenfällt. Auch dieses Fragment beweist also für die Richtigkeit unserer Vorstellung von der Sache.

Hatte der Coheres gehandelt z. B. er hatte Gelder einkassirt (offenbar keine zur Lex Aquilia gehörige Thätigkeit), so

---

Paulus einer ratio aliena et impertinens beschuldigen wollen. Sie meinen, bei der societas finde dieser Grund doch nicht Statt, aber eben darum bedurfte es hier und dort eines andern.

kann man mit Recht ſagen, wie Ulpianus in L. 16. §. 4. D. famil. herciſc.: „omnia quae in hereditate dolo aut culpa fecerit in iudicium familiae herciscundae veniunt," ungeachtet er nicht diligentia zu präſtiren hat, denn die Unterlaſſung derſelben war hier gar kein Vergehen, kein Unrecht. Nur iſt noch, damit die actio famil. herc. angeſtellt werden könne, erforderlich, daß er ſich als Erbe gerirt hat; dann macht es aber auch nichts aus, wenn etwa auch noch eine andere Klage Statt finden ſollte. So auch, wenn er eine Erbſchaftsſache, indem er als Erbe beſchäftigt iſt, verletzt, z. B. er reißt aus Verſehen oder abſichtlich Erbſchaftspapiere durch, oder macht ſie unleſerlich, hier kann er zwar aus der Lex Aquilia belangt werden, aber nichts deſto weniger geht auch das iudicium fam. herciscundae gegen ihn 1), und das letztere Verfahren konnte unter Umſtänden für ihn vortheilhafter ſein, da es auch gegen den Erben wegen jeder culpa, die den Erblaſſer verantwortlich machte, eine Stelle fand 2).

§. 71.

III. *Tutela* 3).

Die Hauptſtelle und die einzige, worin vollſtändig die Präſtationsverbindlichkeit des Tutors angegeben wird, iſt L. 1. pr. D. de tut. et rat. distr. Sie iſt oben (§. 34.) ſchon vorgekommen und dort ihr Inhalt angegeben worden. Alſo die actio tutelae umfaßt die Aquiliſche culpa ganz (culpa in rei nocendo levis — levissima), außerdem aber nur diligentia quam suis 4).

---

1) L. 16. §. 4. cit.

2) L. 10. pr. D. commun. divid.

3) *Ueber L. 57. pr. D. de administrat. tut. ſ. H. L. Z. S. 723.*

4) Die L. 1. pr. D. de tut. et rat. hat das ärgerliche Schickſal mit manchen andern Geſetzſtellen gemein, daß man gerade entgegengeſetzte Behauptungen daraus erwieſen hat; ſo verſtehen manche z. B. *Hotomannus* lib. I. amicabil. resp. 22. *Joh. Joachim Schoepffer* de culpa lata tutor. ab

Hierbei ergeben sich nun mancherlei Schwierigkeiten, welche nach den frühern Theorieen theils unauflöslich, theils doch nicht genugsam beachtet worden sind. Wir wollen sie theils kürzer, theils ausführlicher betrachten, je nachdem sie schon oben ihre Erledigung gefunden und nichts Neues zur Aufklärung und größern Gewißheit beitragen können, oder solches nicht bei ihnen der Fall ist. Also

1. erregen Zweifel:

L. 33. pr. D. de administr. tutor. Callistratus lib. 4. de Cognitionibus.

A tutoribus et curatoribus pupillorum eadem diligentia exigenda est circa administrationem rerum pupillarium, quam paterfamilias rebus suis *ex bona fide* praebere debet.

L. 10. D. eod. Ulpianus lib. 49. ad Edictum. Generaliter,

---

haered. praest. Rostoch. 1709. *Mevius* ad ius Lubec. Lib. I. tit. 7. art. 5. no. 5. *Lynker* deciss. no. 978. die Worte: et quantam in rebus suis diligentiam von einem amplius, welches noch über die culpa levis hinausliege, und diese im Grade der Prästation übertreffe. Nicht bloß culpa levis, sondern auch noch culpa levissima, wenn sie nämlich zugleich culpa in concreto sei, werde prästirt, so wolle es der favor pupillorum. Aber warum auch nicht? Wenn man einmal annahm, daß die Römer in dieser Materie die Worte gebrauchten, wie sie ihnen gerade zwischen die Finger liefen, so konnte man es auch immer für möglich halten, daß sie mit diligentia quantam quis in suis rebus adhibere solet bald einen geringern, bald einen größern Fleiß als den gewöhnlichen bezeichnen wollten, selbst wo es recht eigentlich auf Bestimmung des Prästationsgrades ankam, und ohne alle weitere Erklärung. Dagegen haben sich überhaupt viele gesträubt, die bei andern Contracten die culpa in concreto annahmen und richtig schätzten, bei dem tutor die Prästation darauf zu beschränken. Man kann dies kaum einmal tadeln, da sie unter ihren Voraussetzungen, und indem sie das wahre Verhältniß der dilig. q. s. zur culpa lata und dilig. d. patrisf. verkannten, von einem richtigen Gefühl, welches den Pupillen nicht sinken lassen wollte, geleitet wurden, und ihnen ohnehin die L. 7. C. arbitr. tut. zur Seite stand. Die folgende Erörterung im Text wird dies näher vor das Auge bringen.

quotiescunque non sit nomine pupilli, quod *quivis paterfamilias idoneus* facit, non videtur defendi, sive igitur solutionem, sive iudicium, sive stipulationem detrectat, defendi non videtur.

Sie scheinen nämlich beide anzudeuten, daß der tutor vielmehr diligentiam diligentis patrisfamilias zu präſtiren habe.

Man könnte nämlich sagen: bona fide d. h. als ein rechtlicher gewissenhafter Mann, eben so auch als ein tüchtiger (idoneus) handelt einer in eignen Angelegenheiten nur alsdann, wenn er allen Fleiß aufbietet, sich wie ein diligens paterfamilias benimmt; und so wäre denn die Verbindlichkeit zur diligentia sensu stricto nicht zu bezweifeln. Allein dies ganze Raisonnement beruht doch nur auf einem Mißverständniß, und schon daß hier kein Widerspruch zwischen Ulpian und Ulpian sein kann (denn auch die L. 1. pr. de tut. et rat. rührt von ihm her) macht eine andere Auslegung nothwendig.

Was zuvörderst L. 10. betrifft, so ist die generelle Bedeutung von idoneus Fähigkeit zu etwas; mit Beziehung auf Administration, Fähigkeit den Geschäften vorzustehen, wie z. B. §. 5. 6. I. de curatoribus gerade für diese Materie zeigt, wo das Gegentheil von idoneus in mancherlei gesetzt wird, was alle Fähigkeit ausschließt, z. B. bedeutende Krankheit, etwa auch überhandnehmende Verstandesschwäche u. s. w. Dann kann idoneus freilich in einem engern Sinn auch auf ausgebildete vollkommene Fähigkeit, eigentliche Tüchtigkeit gehen, oder die sehr specielle Bedeutung, welche aber in der Lehre von der Tutel die gewöhnliche ist, haben, wornach es die Zahlungsfähigkeit angibt. In der L. 10. muß die erstere Bedeutung vorgezogen werden, schon wegen des quivis, welches eine große Allgemeinheit anzeigt; sodann wegen der erklärenden Beispiele, denn wer in eignen Geschäften ohne Grund Zahlung, die er leisten kann, wer so Einlassung auf eine gegen ihn angestellte Klage, wer die verlangte stipulatio de damno infecto, zu der er zu zwingen ist, verweigert, handelt wie ein unkluger Mensch: da kann

von keinem bloßen Unfleiß, sondern muß von wahrer Untauglichkeit die Rede sein; endlich, weil sonst der bemerkte Widerspruch mit L. 1. cit. entstünde, welchen man nicht ohne Noth annehmen darf. Zudem sollte in diesem Fragment nicht festgesetzt werden, wie viel Fleiß hier zu fordern sei, sondern was zur Defension gehöre. Ein solches Benehmen, da man seinen Pupillen ohne Schutz ließ, war ein gröbliches Vergehen und stellte den Tutor, wie gewiß nicht jede ihm imputable Nachlässigkeit, als verdächtig dar.

Auf ähnliche Art ist der L. 33. zu helfen. Callistratus mochte vielleicht gerade die diligentia quam suis etc. vor Augen, und falschen Schlüssen daraus vorzubeugen, im Sinne gehabt haben. Gab es doch erst neulich Juristen, welche die culpa lata auf omissio diligentiae quam suis etc. als einziges Kennzeichen derselben, beschränken wollten. Der Tutor aber kann sich wohl darauf berufen, daß er hie und da nicht nachlässiger verfahren, als er das auch wohl in eignen Sachen pflege, allein dieser Einwand ist ihm von keinem Nutzen, wenn er in pupillarischen wie in eignen gar gewissenlos (contra bonam fidem) gewirthschaftet hat. Wer sich in diesem oder jenem Punkt eine kleine Nachlässigkeit oder Flüchtigkeit angewöhnt, die sich sonst ein fleißiger Hausvater im Allgemeinen wohl nicht zu Schulden kommen läßt, handelt darum noch nicht gewissenlos gegen sich und die Seinigen, er kann das auf andere Weise durch lebhafteren, seiner Neigung mehr angemessenen Fleiß, durch Geschicklichkeit, vorzügliches Talent reichlich wieder einbringen. Wer aber grobe Versehen macht, wer sich gestehen müßte, er habe nicht gesehen, was alle sehen, nicht gethan, was jeder irgend Fähige thut, von dem ist es sicher, daß er eine Gewissenlosigkeit zu bereuen hat, und bei öfterer Wiederholung, und wenn bei ihm diese grobe Fahrlässigkeit erst zur Gewohnheit geworden, nicht zu bezweifeln, daß er in die Klasse derjenigen gehöre, die, wie Antoninus nach L. 12. §. 2. D. de tutoribus et curatorib. sich vernehmen ließ, wenn sie auch nicht

gerade furiosi ſind, doch in Betreff ihrer Güter furiosum faciunt exitum. Solches Verfahren in eignen Sachen aber kann nie in fremden entſchuldigen 1).

L. 1. pr. D. de tut. et rat. iſt aber auch nicht der einzige Beweis dafür, daß der tutor nur wegen diligentia quam suis etc. haftet, vielmehr zeigen dies auch L. 53. §. 3. D. de furtis und L. 85. D. eod. ganz deutlich, indem die erſtere vorausſetzt, daß der tutor nur ausnahmsweiſe, wenn er ſich aufdrang, für diligentia haftet, beide dem tutor aber allgemein die actio furti verſagen, was zunächſt nur darin ſeinen Grund haben kann, weil er ſich bei Anſtellung dieſer Klage auf negligentia suis rebus non consueta, alſo indirect auf einen dolus berufen müßte: doch das Nähere hierüber unten (§. 83.).

2) Gibt es mehrere Stellen, nach welchen der Tutor außer dolus (mit Inbegriff der culpa lata), culpa (levis) präſtiren ſoll, und die doch offenbar nur von unterlaſſener Befliſſenheit handeln. Die Stellen ſind oben vorgekommen, und die Schwierigkeit dort gehoben worden 2).

3) Diejenigen Stellen, welche die Verantwortlichkeit bei der Tutel bis zum casus hinaufführen. Sie ſind ebenfalls oben vorgekommen, und die Zweifel gelöſt worden 3), doch wird die ganze Sache durch das, was gleich unten no. 4. geſagt werden wird, noch mehr Licht und Feſtigkeit bekommen.

§. 72.

4) Die größeſte Schwierigkeit macht, daß mehrere Stellen in Fällen einer omissa diligentia die Präſtationsverbindlichkeit der Erben deutlich genug geringer angeben, als die des Tutors ſelbſt, und dies darin ſetzen, daß jene nur

1) S. oben §. 64.

2) §. 50. u. §. 53.

3) S. §. 51. u. §. 56.

für culpa lata haften, nicht für negligentia oder culpa ſchlechthin. So

L. 4. D. de magistrat. conveniend. Ulpianus lib. 3. Disputationum.

Non similiter tenentur heredes Magistratuum, ut ipsi tenentur, nam nec heres tutoris negligentiae nomine tenetur: nam Magistratus quidem in omne periculum succedit; heres ipsius dolo proximae culpae succedaneus est 1).

Es war die Frage, ob für die Schuld des tutor non idoneus die Erben des Magistratus in gleichem Sinne hafteten, wie der Magistratus, der den Tutor beſtellt hatte, ſelbſt; dies wird verneint, der Magistratus trete, wenn er einen ſolchen Tutor beſtellt habe, in die ganze Gefahr ein, d. h. alles, was der tutor verſehen, treffe ihn, alſo auch die culpa levis, ſo

1) Vergl. L. 6. D. eod. Ulpianus lib. 1. ad Edictum. Quod ad heredem Magistratus pertinet, extat D. Pii Rescriptum, causa cognita deberi dari actionem. Nam Magistratus si tanta fuit negligentia, ut omnem cautionem omitteret, aequum est haberi eum loco fideiussoris, ut et heres eius teneatur: si vero cavit, et tunc idonei fuerunt et postea desierunt, sicut et ipse Magistratus probe recusaret hanc actionem, ita et heres multo iustius. *Novissime non alias, ait, in heredem actionem dandam, quam si evidenter Magistratus cum minus idoneis fideiussoribus contrahunt.* L. 2. C. eodem Imp. Alexand. A. Paterno: In heredes magistratus, cuius *non lata culpa* idonee cautum pupillo non est, non solet actio dari. Ich empfehle die Vergleichung aber nur deswegen, weil der dieſen Stellen zum Grunde liegende Fall mit dem Fall der L. 4. D. de magistr. conv. gar nicht, wie faſt allgemein geſchehen iſt, verwechſelt werden darf. In L. 4. iſt durchaus von der successio in culpam tutoris, hier von der successio in culpam defuncti Magistratus die Rede; dagegen enthält einen der L. 4. offenbar analogen Fall L. 17. C. de negotiis gestis. Curatoris etiam successores negotiorum gestorum utili conventos actione *tam dolum, quam latam culpam* praestare debere, nec ad eos officium administrationis transire, ideoque nullam alienandi eos res adultae potestatem habere convenit.

weit dieſer ſie zu präſtiren habe; der Erbe des Magistratus dagegen trete nur in die culpa *lata*, welche der tutor begangen, ein 1). Als Grund wird angegeben, dies könne nicht anders ſein, da ja der Erbe des tutor ſelbſt für eine bloße Nachläſſigkeit deſſelben nicht herzukommen bräuche. Offenbar wird alſo vorausgeſetzt, daß die Verbindlichkeit des Tutors höher geachtet wird, wie die ſeines Erben, weil dieſer nur für culpa lata hafte. Sicher iſt hier aber von der Adminiſtration im Allgemeinen die Rede, und das Wort negligentia bezieht ſich zuverläſſig nicht bloß auf Aquiliſche culpa. Will dies aber jemand dennoch nicht glauben, ſo lege ich ihm ferner vor:

L. 1. C. de heredib. tutor. Impp. Sever. et Antonin. A. A. Fusciam.

Heredes tutorum ob negligentiam, quae non latae culpae comparari possit, condemnari non oportet, si non contra tutorem lis inchoata est, neque ex damno pupilli lucrum captatum, aut gratia 2) praestitum sit.

Alſo gegen den tutor konnte auf mehr lis conteſtirt werden; aber weder das lucrum, noch viel weniger eine Gunſtertheilung oder Gunſterwerbung läßt ſich bei Aquiliſcher culpa

---

1) Was in periculum succedere oder succedaneus periculi vel culpae esse heißt, ſieht man aus L. 3. §. 8. D. de admin. tutor.

2) Die Lesart mehrerer Codices: gratiae, führt zu demſelben Sinn, und dürfte Beifall verdienen; deſto nüchterner kommt mir die Lesart: gratis, vor, welche dem *Russardus* nach der Randgloſſe gefiel. Gratiae haben außer *Haloand.* Cont. in Paris. und *Russard.* auch Cod. Ms. Regiom., nur im Anfange tutor*is*, völlig ſo Codd. Hafn. I. und II. — Cod. Ms. I. tutor*is*. Cod. Ms. 2. tutor*is* — — condemnari *debeat* non oportet — — — lucrum *factum autem* gracie, Mog. 1475: *in damnum* pupilli, Ven. 1486. f. tutoris — — — si *vero* contra tutor*es* — — — ca*ptum autem*, Paris. 1529. f. wie Geb., ſo *Senneton* und *Baudoza*. de Tortis. 1494.: tutor*is*. — — — si non contra tutor*es* — — — lucrum *captum*. Lugd. 1509. wie Mog. 1475. — Ueber die Meinungen des Cujacius in Betreff dieſer Geſetzſtelle u. w. d. a. ſ. den Anhang. I.

füglich denken. Endlich, damit auch der Einwand anders Denkender, daß doch eine culpa in faciendo hier den Unterschied machen könne, wegfalle, ist noch eine solche Gesetzstelle vorhanden, welche offenbar von einer bloßen Unterlassung spricht, wenn es anders eine beim tutor gibt, nämlich:

L. 39. §. 6. D. de administrat. tutor. Papinianus lib. 5. responsor.

Tutor datus adversus ipsam creationem provocavit; heres eius postea victus, praeteriti temporis periculum praestabit, *quia non videtur levis culpa*, contra iuris auctoritatem mandatum tutelae officium detrectare 1).

Für den Tutor selbst konnte hier der Einwand, daß er nur eine leichte Schuld begangen, nicht gelten, da er, wie oben (§. 50.) vorgekommen, nach L. 7. C. arbitr. tut. auch bei Unterlassungsfehlern in der Regel für diese haftete, was auch gleich in dem auf unsern §. 6. folgenden §. 7. in einem Fall unzweifelhafter omissio diligentiae durch das: dolum aut culpam, so deutlich anerkannt ist. Der Erbe konnte also auch aus der Person des Tutors sich nicht darauf berufen, sondern nur aus seiner eignen Person; diese Berufung soll nun aber im Fall des §. 6. bloß darum nicht gelten, weil hier an gar keine levis culpa zu denken, vielmehr immer culpa lata vorhanden sei, sie fand also sonst, und damit ein Vorzug vor dem tutor selbst, allerdings Statt. Man denke doch nur nicht gar, daß hier so gut wie lis gegen den tutor contestirt gewesen, indem er selbst schon durch die Provocation im Streit befangen gewesen sei; denn die Litiscontestation konnte hier nur dann etwas ausmachen, wenn wegen des angerichteten Schadens schon gegen den Tutor geklagt worden, das konnte aber hier nicht geschehen sein, da die Frage, ob er überhaupt verbunden war zu geriren, erst nach seinem Tode

1) *Vgl. L. 60. §. ult. D. de ritu nupt.

für ſich allein entſchieden wurde. Eben darum iſt von einem heres *postea victus* die Rede.

Dagegen ſcheint nun aber dem ganzen Satze, daß der Erbe nur für culpa lata und alſo für weniger als der tutor hafte, zu widerſprechen

L. 8. pr. D. de fideiussoribus tutor. Paulus lib. 9. Responsorum.

Heredes eius, qui *non iure* tutor vel curator datus administrationi se non immiscuit, dolum *et culpam* praestare non debere.

Es iſt hier von einem Falle die Rede, in welchem gar keine Verantwortlichkeit, auch des Tutors nicht, eintrat: der tutor war non iure tutor datus, z. B. der Vater hatte ſeinem emancipirten Sohne einen tutor im Teſtament beſtellt, ohne daß noch eine Confirmation erfolgt war, und der tutor hatte ſich noch gar nicht immiſcirt. Hier ſoll auch der Erbe deshalb weder für dolus noch culpa verantwortlich ſein. Durch das argumentum a contrario ſcheint zu folgen, daß, wo eine ſolche Verantwortlichkeit des tutor eintritt, der Erbe für beides haften müſſe. Aber gewiß iſt dieſe Art zu ſchließen hier verwerflich, denn die Abſicht war darauf gerichtet, auszuſprechen, daß alle Verantwortlichkeit, alſo auch, wenn etwa ſchon lis conteſtirt war, für culpa außer dolus wegfallen müſſe, da dem tutor ſelbſt nichts konnte vorgeworfen werden. Gerade, wenn hier bloß geſagt worden wäre, dolus präſtire der Erbe hier nicht, ſo hätte man, wie weiland Cujacius, denken können, er präſtire aber wohl culpa. Zudem ſcheint es hier auch um den umgekehrten Satz zu thun geweſen zu ſein: wenn er ſich immiſcirte, ſo muß der Erbe dolus et culpa leiſten, denn hier war der Gerirende, nämlich wenn er wußte, er ſei nicht rechtmäßiger tutor, als ſich aufdringender negotiorum gestor (qui pro tutore gessit) für omnis culpa et diligentia verpflichtet 1).

1) L. 53. §. 3. D. de furtis. War der Protutor in gerechtem Irrthum

Wenn nun alſo eine Verſchiedenheit der Präſtationsverbindlichkeit des Tutors von der des Erben, ſelbſt bei der omissio diligentiae darin liegen ſoll, daß der letztere nur für culpa lata hafte, ſo muß entweder die diligentia quam suis nicht bloß den Worten, ſondern auch der Sache und den rechtlichen Wirkungen nach von der culpa lata, und alſo auch dieſe bei der Tutel vorkommende d. q. s. und der beim depositum in L. 32. depos. erwähnten culpa in concreto in irgend einem Betracht verſchieden ſein; oder aber es muß der tutor für mehr als d. q. s. haften. Das ſcheint ganz am Tage zu liegen 1).

---

befangen, ſo wurde er in Hinſicht der praestatio culpae dem tutor gleichgeſtellt, und was hier merkwürdig iſt, es werden, mit Rückſicht auf die Adminiſtration in der L. 4. D. de eo, qui pro tutore, welche hievon ſpricht, nur zwei Glieder der Präſtation erwähnt, ungeachtet der diligentia gedacht wird: „qui pro tutore negotia gerit, *eandem* fidem et diligentiam praestat quam tutor praestaret.“ Vergl. L. 1. §. 5. D. eod.

1) Die Sache verhält ſich mit einigem Unterſchiede bei der societas eben ſo. Der Unterſchied liegt darin, daß der Erbe des Tutors auch in Hinſicht der von ſeinem Erblaſſer begangenen culpa nur in ſo weit verantwortlich iſt, als dieſe culpa lata war; im übrigen iſt alles gleich. Der Erbe des Vormundes muß, wenn er überhaupt fähig iſt, die angefangenen Geſchäfte zu Ende führen: „quamvis heres tutoris tutor non est, tamen ea, quae per defunctum inchoata sunt, per heredem, si legitimae aetatis et masculus sit, explicari debent“ (L. 1. pr. de fideiuss. tutor.); aber nur dolus präſtirt er hier: „in quibus dolus eius admitti potest (ibid.). Si post mortem tutoris heres eius negotia pupilli gerere perseveraverit — tutelae iudicio eum teneri suo nomine; nam cum permittatur adversus heredem ex proprio dolo iurari in litem, apparet eum iudicio tutelae teneri *ex dolo proprio: negligentia* plane propria heredi non imputabitur“ (L. 4. pr. §. 1. eod.). Solcher Ausdrücke hätte ſich gewiß kein Römer von der praestatio culpae des tutor bedient, und doch iſt hier von einer culpa in non faciendo und einer außeraquiliſchen culpa in faciendo (wenn er nun wirklich ausführt, aber fehlerhaft) die Rede. Gerade ſo verhält es ſich mit dem Erben des socius: „in heredem autem

§. 73.

Dennoch könnte man versucht sein, diese ganze Schwierigkeit, welche nach der Donell'schen Ansicht hierin liegen muß, dadurch zu umgehen, daß man die hier erörterte Verschiedenheit bloß von den Fällen verstände, da nach L. 53. §. 3. D. de furtis der tutor ausnahmsweise für diligentia und also auch in jedem Sinne für culpa levis in non faciendo hafte; allein wie gezwungen würde das sein, da die Stellen so ganz in genere von dieser Verschiedenheit reden, und wie wunderlich würde die Vergleichung mit den Erben des Magistratus herauskommen, und vollends paßt dies auf L. 39. §. 6. D. de admin. cit. gar nicht. Aber man könnte auch noch das für dieses Auskunftsmittel anführen wollen, daß es Stellen gäbe, worin eben wohl die Verbindlichkeit des Tutors selbst geradezu auf culpa lata gestellt werde, namentlich:

L. 7. §. 2. D. de administr. tut. Ulpianus lib. 35. ad Edictum.

Competet adversus tutores tutelae actio, si male contraxerint, hoc est, si praedia comparaverint non idonea per sordes aut gratiam. Quid ergo, si neque sordide, neque gratiose, sed non bonam conditionem elegerint? recte quis dixerit, *solam latam negligentiam* eos praestare *in hac parte debere.*

L. 2. C. arbitrium tutelae. Antoninus A. Praesentino.

Nomina paternorum debitorum si idonea fuerint initio susceptae tutelae, et *per latam culpam* tutoris minus

---

socii proponitur actio, ut *bonam fidem* praestet, et *acti etiam* culpam, *quam is* praestaret, in cuius locum successit, licet socius non sit. Heres socii quamvis socius non est, tamen ea, quae per defunctum inchoata sunt, per heredem explicari debent; *in quibus dolus eius admitti potest.*' (L. 35. 36. 40. D. pro socio). Auch dieser Ausdrücke würde sich kein Römer beim Tutor oder Socius selbst bedient haben.

idonea tempore tutelae esse coeperunt; iudex, qui super ea re datus fuerit, dispiciet, et si *palam* dolo tutoris vel *manifesta* negligentia cessatum est, tutelae iudicio damnum quod ex cessatione accidisset, pupillo praestandum esse, statuere curabit.

L. 3. C. si tutor vel curator non gesserit. Impp. Alexand. A. Iusto.

Qui se non immiscuerunt tutelae, vel curae, ex persona eorum qui gesserunt et idonei sunt, non onerantur. Si qua vero sunt, quae cum geri debuerint, omissa sunt, *latae culpae* ratio omnes aequaliter tenet.

Wir wollen ſie nacheinander durchgehen: ſie enthalten alle nicht, was ſie enthalten ſollen.

Die L. 7. §. 2. ſpricht von einem ſingulären Fall, wie die Worte: in hac parte („in dem einen Punkt") deutlich genug zu verſtehen geben; ſie kann alſo nur die Regel beſtätigen 1). Die tutores waren beſonders dazu angewieſen, mit dem Gelde der Pupillen Grundſtücke anzuſchaffen; thaten ſie es nicht, ſo mußten ſie Zinſen, unter Umſtänden ſehr hohe Zinſen entrichten, und konnten ſogar nach Unterſchied der Fälle in Strafe verfallen 2). Natürlich konnte man es denn aber auch ſo genau

1) Von einem Ausnahmsfall verſtehen dieſe Stelle ſchon *Cuiac.* ad tit. I. arbitr. tut., *Montanus* de tutel. c. 39. no. 55., *Huber* ad I. de obl. qu. quasi ex contr. und viele Andere. *Waechtler* de gradib. culpae §. 77., iſt anderer Meinung, nämlich er denkt, von culpa lata ſei hier nur deshalb die Rede, weil dieſe zu präſumiren ſei: „quia praesumitur, ſagt er, tutor per diligentiam mediam tunc non potuisse providere, qualis et quanta sit conditio et bonitas praediorum, ac num emtio illorum damnosa futura pupillo est." Ein wunderliches Raiſonnement, denn bei der c. lata wird gerade vorausgeſetzt, wie er ja auch gleich darauf ſelbſt bemerkt, daß durch diligentia *infima* der Schaden hätte vermieden werden können. Hier fallen in der That die Extreme zuſammen, aber nur in Wächtlers Gedanken.

2) L. 3. §. 2. L. 5. pr. L. 7. §. 7. L. 28. in f. L. 49. L. 57. §. 1. D. de administrat. tut. L. 3. 5. 16. D. de suspectt. tutor.

damit nicht nehmen, wenn ſie bona fide einen nicht ſo vortheilhaften Handel geſchloſſen hatten, als vielleicht möglich geweſen wäre, wenn ſie damit weniger geeilt hätten. Wer konnte es ihnen verdenken, daß ſie hier nicht zauderten 1)? Freilich bleibt aber auch hier die Frage übrig: wie unterſchied ſich denn hier *culpa lata* von *omissio diligentiae quam suis?* denn hier war nicht Aquiliſche *culpa*, wenn gleich ein Verſehen durch Thätigkeit.

Die L. 2. C. arbitr. tut. ſagt gar nicht, daß der tutor in dem zum Grunde gelegten Fall nur für culpa lata haften ſolle. Es war freilich ein concreter Fall in Frage geſtellt, da der tutor ſich bei Einforderung der nomina paternorum debitorum einer culpa lata ſchuldig gemacht, aber entſchieden wird, daß Schadenserſatz eintrete, wenn *palam* dolo und *manifesta* negligentia gezögert worden, d. h. es ſollte hier nicht, wie bei ſelbſtcontrahirten debitis 2), im Fall der Inſolvenz negligentia tutoris präſumirt, ſondern klarer Beweis gefordert werden. Daß es hier nur darauf, daß alles am Tage liege, und nicht auf den Grad der Nachläſſigkeit ankomme, ſieht man ſchon daraus, daß ein gleichdeutiges Prädicat beim dolus gebraucht wird, (die Nachläſſigkeit ſollte handgreiflich ſein, nicht in Beziehung auf die Erkenntniß des Tutors, wie ſich das freilich in einer andern Verbindung denken läßt, ſondern auf die des Richters), aber auch aus L. 15. 3) L. 39. pr. §. 14. 4) D. de

1) *Schöpffer* de culpa in concreto c. 2., gibt hier die ratio legis viel einfacher an: 1) er habe ja gethan, was das Geſetz beföhle; 2) auch ein prudens (!) paterfamilias könne ſich wohl durch spes lucri verleiten laſſen, bei Anſchaffung von Immobilien voreilig zu ſein.

2) Vergl. L. 16. L. 50. D. de adminiſt. tut.

3) *Paulus* lib. 2. Sententiarum. Si tutor constitutus quos invenerit debitores non convenerit ac per hoc minus idonei efficiantur, vel intra sex primos menses pupillares pecunias non collocaverit; ipse in debitam pecuniam et in usuras eius pecuniae, quam non foeneravit, convenitur.

4) *Papinianus* lib. 5. responsor. Tutores, qui post finem tutelae

administ. tut. wo im gleichen Fall keine Einschränkung auf negligentia lata verspürt wird, vielmehr die Verbindlichkeit auf negligentia gestellt ist, so gut wie die praestatio bei der Tutel überhaupt. Ein tutor, der selbst Gelder ausleiht, muß sich auch auf den Fall der Insolvenz zu sichern wissen, wenigstens beständig vigiliren, ob auch dergleichen zu besorgen ist. Tritt also der Fall ein, so wird er in der Regel immer für verantwortlich zu halten sein. Ganz anders ist es mit debitis, die er vorfindet. Er kann schon mit Recht dem Vater zutrauen, daß dieser sich vorgesehen haben wird, und oft kann er von dem Vermögensverfall der Schuldner, die das ja gern möglichst zu verstecken suchen, gar nichts erfahren, ohne daß man ihm eben Schuld geben kann. Ohnmöglich kann hier also die Präsumtion gegen ihn streiten, und es wird meistens nur eine an sich grobe Nachlässigkeit ans Licht zu ziehen und nicht von seiner Seite zu bemänteln sein. Der Grund ist hier also factisch, und liegt nicht in der Natur der Verbindlichkeit überhaupt, daß fast nur culpa lata in Anspruch zu nehmen ist. So erklärt sich der Sinn und Zusammenhang dieser L. 2. sehr leicht und natürlich.

Auf ähnliche Art ist L. 2. C. si tutor. zu beseitigen, denn sie enthält einen Fall, der in genere immer culpa lata ist, und die Decision ist gar nicht auf die Natur der culpa gerichtet, wer sie tragen soll. Waren nämlich mehrere tutores im Testament bestellt, so daß diese Bestellung entweder an sich oder durch hinzugekommene Confirmation Gültigkeit hatte; so

---

per errorem officii durantes rerum administrationem retinuerunt, nominum paternorum periculum, quae post pubertatem adolescentis idonea fuerunt, praestare cogendi non erunt, cum actionem inferre non potuerunt. §. 14. Negligentiae tutorum periculo nominum, quae pater usuris maioribus fecit, adscripto, pupilla quidem actionem Calendarii praestare cogitur, exactas autem usuras tutelae tempore citra ullam compensationem retinet.

gerirten entweder alle gemeinschaftlich, dann mußten sie natürlich auch gemeinschaftlich haften; oder es gerirte nur einer oder der andere, dann ist zu unterscheiden:

a) Der Testator hatte tutores honorarios i. e. notitiae causa datos bestellt, so hatten diese sorgfältige Aufsicht über die Administration zu führen, und ließen sie es daran mangeln, so konnten sie unmittelbar, aber auch allein in diesem Falle in Anspruch genommen werden 1).

b) Der nicht gerirende wurde durch Erbietung zur satisdatio von der Administration nach dem prätorischen Edict verdrängt; so fand gegen ihn nur eine subsidiaria actio Statt, wenn sich fand, daß er sich nicht hinreichende Sicherheit bestellen lassen. Die ganze Verhandlung ging hier unter den Augen des Prätors vor sich, und hatte dieser dabei eine sorgfältige Untersuchung anzustellen 2).

c) Der nicht gerirende Tutor traf eine Privatvereinigung mit einem contutor, daß dieser für ihn geriren möge. Dies hat auf seine Verbindlichkeit gegen den Pupillen gar keinen Einfluß, denn es wird als Mandat behandelt 3). Oder endlich:

d) Ein tutor immiscirte sich gar nicht, indem er mit der Tutel nichts zu thun haben wollte oder mochte: er war in mora gerendi. Wenn hier die Andern gerirten, so haftete er freilich für das, was diese in den von ihnen geführten Geschäften und was damit zusammenhing versahen, sei es nun durch Thun oder Unterlassen, nur subsidiarisch; waren aber ganze Geschäfte und Theile der Verwaltung liegen geblieben, so hafteten alle gemeinschaftlich, da alle dieselbe Schuld, nämlich

---

1) L. 32. §. 1. D. de testam. tut. L. 3. §. 2. D. de adm. tut.

2) L. 17 — 19. pr. de testam. tut. L. 3. §. 6. D. de administr. tut. §. 1. 2. I. de satisdat. tut.

3) L. 55. §. 2. D. de admin. tut.

die mora gerendi, die Vernachlässigung dessen, was alle auf gleiche Weise zu thun bewogen waren, zu verantworten hatten 1).

Diesen letzten Fall unter d) handelt nun auch L. 2. C. si tutor ab, und nennt die dort am Ende erwähnte Schuld aller eine culpa lata. Das war sie aber auch fast immer, denn es lassen sich hier nur zwei Fälle denken: man hatte entweder diesen Theil der Administration wissentlich liegen lassen, oder man hatte sich gar nicht darum bekümmert, daß es noch solche Geschäfte gebe; auch in dem letztern Fall war in der Regel ein grobes Versehen vorhanden. Wie hätten auch sonst in L. 4. C. de heredib. tut. cit. 2) die Erben, welche doch ausgemacht nur für culpa lata haften, hier so geradezu und unbedingt verantwortlich gemacht werden können.

Dies sind nun aber auch wohl die einzigen Stellen, in welchen der culpa lata beim tutor oder curator gedacht wird. Manche haben freilich auch hierher gezogen:

L. 20. C. de negot. gest. Dioclet. et Maxim. AA. et C. C. Octavianae.

Tutori vel curatori similis non habetur, qui citra mandatum negotium alienum sponte gerit; *quippe superioribus quidem necessitas muneris administrationis finem, huic autem propria voluntas facit*, ac satis abundeque sufficit, si cui vel in paucis amici labore consulatur. Secundum quae, super his quidem, quae nec tutor nec curator constitutus ultro quis administravit, cum *non*

---

1) L. 39. §. 11. L. 55. §. 3. D. de administr. tut. L. 2. L. 4. C. de haeredib. tut.

2) Imp. Alexand. A. Frontino. Haeredes eorum, qui tutelam vel curam administraverunt, si quid ad eos ex re pupilli vel adulti pervenerit, restituere coguntur. In eo etiam, quod tutor vel curator administrare debuit nec administraverit, rationem reddere eos debere, non est ambigendum.

tantum dolum et latam culpam, sed et levem praestare necesse habeat, a te conveniri potest, et ea, quae tibi ab eo deberi patuerit, cum usuris compelletur reddere. De caeteris vero, quae ab aliis tui constituta iuris detenta exacta non sunt, ab hoc, qui nec agendi quidem propter exceptionis obstaculum facultatem habere potuit, exigi non potest; et idcirco adversus eos, quos res tuas tenere dicis, detorquere tuas petitiones debes.

Man pflegt wohl aus diesem Fragment zu zeigen, daß die culpa beim tutor und negotiorum gestor verschieden sein müsse, weil jener gezwungen, dieser von freien Stücken gerire; aber die Absicht der Stelle ist gar nicht, uns über den Einfluß dieser Verschiedenheit auf die praestatio culpae zu belehren. Jemand hatte für die Octaviana, oder wie sie nach andern Ausgaben heißt: Octavia, ohne Mandat und ohne ihr tutor oder curator zu sein, Geschäfte geführt, hatte aber gewisse Ansprüche, welche sie an Sachen, welche sich in fremden Händen befanden, zu haben glaubte, nicht geltend gemacht, auch Geld, was er ihr selbst schuldig, nicht von sich eingehoben. Sie war mit seiner Administration überhaupt und insbesondere auch wegen dieser Zerstückelung, da er das Eine aufgegriffen, das Andere liegen lassen, unzufrieden, und fragte deshalb vor, was sie mit ihm anzufangen hätte. Die Antwort lautete dem wesentlichen Inhalt nach dahin: was 1) die versäumten Geschäfte, welche, wie natürlich vorausgesetzt wird, ohne nothwendigen Conner mit den geführten waren, beträfe, so müsse sie sich die Sache nicht so vorstellen, als wenn sie einen tutor oder curator gehabt: solchen wären, vermöge ihrer amtlichen Pflicht, die Gränzen ihrer Thätigkeit angewiesen, über diese dürften sie nicht hinausgehen, in diesen müßten sie alles verrichten, wenn sie sich nicht verantwortlich machen wollten; ein simpler negotiorum gestor dagegen sei zu nichts verbunden, als das ordentlich auszuführen, was er einmal begonnen, und es sei mehr als genug, wenn er sich in diesem oder jenem Stück für ein

fremdes Intereſſe aus Freundſchaft thätig bezeigt habe. Zudem insbeſondere die Anſprüche habe er gar nicht einmal in Ermangelung einer Vollmacht gerichtlich geltend machen können, da ihm die Einrede fehlender Legitimation entgegen geſtanden. Was dagegen 2) die wirklich geführten Geſchäfte beträfe, ſo müſſe er hier für jedes Verſehen herkommen, und nicht bloß dolus und lata culpa, ſondern auch levis präſtiren, und ſie könne ihn hierauf belangen, ungeachtet er nicht amtlich dazu verpflichtet geweſen, denn er habe ſich ja freiwillig dazu hergegeben (quae nec tutor nec curator constitutus ultro quis administravit). Endlich 3) was ihre Sachen und die nicht von ſich ſelbſt eincaſſirten debita angehe, ſo könne ſie ihn ſelbſt wegen der letzteren als ihren Schuldner und wegen der erſteren diejenigen belangen, welche ſie in unrechtmäßigem Beſitz hätten. Weit entfernt alſo, daß es hier herrſchender Gedanke ſollte geweſen ſein, die negotiorum gestio wegen ihrer Freiwilligkeit führe eine größere Verpflichtung mit ſich, wird ſie geradezu von der necessitas muneris darin unterſchieden, daß man bei ihr zu wenigerem, nur zu fleißiger Ausführung des Begonnenen gehalten ſei; ſie durch den höheren Grad der Präſtation davon zu unterſcheiden, war hier nicht Abſicht, ſonſt hätte man nicht ſchlechthin von culpa levis ſprechen, ſondern dieſe durch den Zuſatz: sed etiam diligentiam beſtimmen müſſen: culpa levis wird nach L. 7. C. arbitr. tut., wie wir geſehen haben, aber auch in der Adminiſtration des Tutors präſtirt. Daß hier ein Unterſchied ſei, iſt gewiß, daß der Grund in einer necessitas muneris beim tutor liege, iſt auch gewiß; aber man hatte diesmal keinen Beweggrund, hierauf aufmerkſam zu machen, und in der That iſt, wie wir bald ſehen werden, der Unterſchied hier nicht ſo groß, als es auf den erſten Anblick und nach der gewöhnlichen Vorſtellungsart ſcheinen mag.

§. 74.

Um nun zu der in Betrachtung gezogenen Schwierigkeit

zurückzukehren, so erinnere ich an das oben (§. 57. in f.) von mir gegebene Versprechen, den practischen Werth und die Nothwendigkeit des dort aufgestellten Unterschiedes zwischen der beim depositum u. w. d. g. zur culpa lata gezogenen negligentia suis rebus non consueta und derjenigen, die bei solchen Verhältnissen vorkommt, welche zwar auch culpa levis, aber nicht uneingeschränkt annehmen, annoch weiter zu entwickeln. Der Unterschied besteht vornämlich darin, daß jene die Präsumtion gegen sich, diese für sich hat. Hier muß es nun gleich einleuchten, daß diese Präsumtion auf den Umfang der praestatio, zwar nicht in dem einzelnen concreten Fall, denn hier war alles gleich, je nachdem die Nachlässigkeit angenommen wurde oder nicht, also die praestatio zugelassen oder ausgeschlossen wurde, aber wohl in allgemeiner Uebersicht der verschiedenen Contracte Einfluß hat. Denn da der Beweis einer gleichen Nachlässigkeit im Eignen oder der entgegengesetzte Beweis einer ungleichen gewiß oft sehr schwer zu führen sind, so kann es nicht fehlen, daß bei denjenigen Geschäften, welche hier gegen den Prästanten präsumiren lassen, sich häufigere Fälle ereignen müssen, in welchen er zu prästiren hat, bei der entgegengesetzten aber die Fälle, wo er sich entschuldigen kann, reichlicher vorkommen müssen. Nun aber mußte gerade bei der Tutel dies vorzüglich berücksichtigt werden, indem man hier nothwendig geneigter sein mußte, den Tutor zu verdammen, als ihn loszusprechen.

Für den Pupillen nämlich, der doch sonst im Römischen Recht auf alle Weise in Schutz genommen wird, wäre doch auch gar zu schlecht gesorgt gewesen, wenn er bei jeder Schadenszufügung durch schlechte Administration, weswegen er den Tutor nach beendigter Tutel in Anspruch zu nehmen hatte, erst hätte darthun müssen, daß der Mann in seinen eigenen Angelegenheiten fleißiger zu sein pflege. Denn oft hätte sich hier ereignen können, was einmal in einer andern Beziehung Paulus sagt 1):

1) L. 30. D. de testam. tut.

„si id non apparet, non quidem ius deficit, sed probatio". Hatte dagegen der tutor, um eine an sich leichte Schuld von sich zu weisen, recht klar und deutlich darzulegen (und sicher hatte der iudex hiebei sich eher zu strenge als zu nachsichtig gegen ihn zu beweisen), daß er gleichen Fleiß wie in eignen Sachen angewandt, und ihm also ein solches Versehen, wie er gerade begangen, nicht etwa bloß wohl auch einmal in eigenen Angelegenheiten entschlüpft, sondern ihm wirklich in diesen gewöhnlich sei; so war diese Entschuldigung bei weitem nicht so gefährlich für den Pupillen, und die Zulässigkeit derselben wirklich auch billig. Der Vormund war gezwungen, in die obligatio einzutreten, man konnte also nicht füglich mehr von ihm verlangen, als er sonst seinen Kräften und dem gewohnten Maaß der Anstrengung nach zu leisten pflege. Ward ein ungeschickter, unordentlicher, unfleißiger Tutor angesetzt, ein solcher, den man nicht durchweg als einen diligens paterfamilias behandeln konnte, so war dies Schuld dessen, der ihn ansetzte 1). Damit dies nicht geschehe, ging oft eine cognitio vorher, und wo dies auch nicht war, wie z. B. bei dem testamentarischen tutor 2), da ließ sich theils erwarten, daß der ihn gegeben, schon dafür gesorgt haben würde, theils stand er doch immer unter Aufsicht, eigentlich eines jeden ex populo, denn jedem Bürger stand es frei, ihn als verdächtig, d. h. entweder als untauglich wegen der eben angeführten Eigenschaften, oder als bösartig darzustellen, und war dies geschehen, so war es Pflicht und Recht, ihn gar nicht zur Tutel zu lassen, oder ihn bei Zeiten davon zu entfernen, selbst wenn der Vater durch Ernennung im

1) Theoph. L. 1. tit. 24. pr. Solet — magistratus haec inquirere, an probus sit ille, an locuples, an habeat vitae pignora, id est liberos (nam liberos habens novit, quomodo gerere se debeat erga pupillos, quibus loco patris datur,) et an caram habeat, quae ipsum tulit.

2) Theoph. l. c. nam fidelem eum ac diligentissimum fore circa administrationem, testatoris nobis testimonium prodidit.

Teſtament ſein volles Zutrauen zu dieſem Manne zu erkennen gegeben 1). Bei einer tüchtigen obervormundſchaftlichen Aufſicht konnte alſo in der Regel nur ein tüchtiger Mann (diligens, bonus paterfamilias) Vormund ſein und bleiben, und die Fälle, wo ſich einer wirklich und in Wahrheit damit entſchuldigen konnte, daß er in dieſem Stück nicht diligens paterfamilias zu ſein pflege, waren ſelten, und konnten in der ganzen Adminiſtration, worin ſich das auf andere Weiſe compenſirte, nicht in Anſchlag kommen. Mithin, und da der Beweis nicht allemal vom tutor zu führen war 2), ſelbſt wenn es ſich wirklich

---

1) S. vornämlich L. 3. §. 17. 18. L. 8. D. de susp. tutor. — §. 5. I. de suspectis tutorib. ſagt: „suspectus autem est, qui *non ex fide* tutelam gerit, licet solvendo sit, ut Iulianus quoque scripsit. Sed et antequam incipiat tutelam gerere tutor, posse eum quasi suspectum removeri, idem Iulianus scripsit: et secundum eum constitutum est. Die Worte: non ex fide gibt Theophilus ſo wieder: qui non fidelissime (μὴ πιστότατος) tutelam administrat. Alſo wenn er nicht durchweg den höchſten Fleiß, den man billiger Weiſe jemals in einer Adminiſtration verlangen kann, bewies, ſo iſt er als verdächtig, wenn gleich salva existimatione, zu entfernen: kleinere Fehler im Einzelnen reichten natürlich dazu nicht hin, aber wohl zur Schadloshaltung wenn er keine Entſchuldigung in concreto hatte.

2) Ich bin weit davon entfernt, behaupten zu wollen, daß der iudex dies befördern mußte, oder daß dies indirect beabſichtigt wurde: es war ja immer eine Ungerechtigkeit; aber es iſt damit wie überhaupt beim Beweiſe, die Präſumtionen hätten keinen Sinn, wenn es nie an Mitteln fehlte, die Wahrheit rein herauszuheben, da dies aber nicht der Fall iſt, ſo ſind ſie ein nothwendiges Mittel mehr, das Gebiet der Ungerechtigkeit zu verkleinern; ganz vernichten werden wir es nie. — Auch noch der Widerwille, den die meiſten dagegen haben werden, ſich durch eine ſolche Entſchuldigung und ihr eigenes Bekenntniß in ein ſchlechtes Licht zu ſtellen, muß hier die Fälle vermindern, da der Vormund frei davon kommt. Ganz anders war es, wenn es bloß erfordert wurde, die culpa lata zu negiren, und ſich auf ein nur geringes Verſehen zu berufen, da denn der Andere, um zu gewinnen, dem tutor als fleißigem Hausvater im Ganzen recht zu Ehren helfen mußte. Dieſe Ehre konnte man ſich ohne große Schande allenfalls verbitten.

ſo verhielt, konnte es nicht häufig ſich begeben, daß er nicht jede culpa, auch die leichteſte zu präſtiren hatte. Mit dem Vorwande, „das ſei ſo ſeine Art" konnte er unter dieſen Umſtänden nur ſelten durchdringen. War es in facto klar, wie z. B. in L. 13. §. 1. 1) und L. 57. pr. D. 2) de administr. tut. der vorgelegte Fall mit ſich brachte, daß er ſeine eigenen Sachen beſſer in Acht genommen, ſo ward er condemnirt; die Nachläſſigkeit mochte an ſich ſo klein ſein, wie ſie wollte; aber auch, wenn dies nicht der Fall war, ſtand ihm immer die nicht leicht zu überwindende Präſumtion entgegen. Man darf ſich daher auch gar nicht mehr wundern, wenn die Geſetze den tutor oder curator nicht bloß zur Verantwortung ziehen, wenn er fraude, ſondern überhaupt wenn er auch nur negligenter egit 3), wenn ſie, wie in L. 3. §. 7. D. de contrar. tut. 4), ſchlechthin verlangen, daß er bene et diligenter negotia gesserit (nur dies ſoll hinreichen), und wenn ſie ſelbſt vom tutor honorarius geradezu fordern, daß er assidue rationem exigat et sollicite curet etc. 5).

---

1) *Gaius* lib. 12. ad Edictum provinciale. Non est audiendus tutor, cum dicat, ideo cessasse pupillarem pecuniam, quod idonea nomina inveniret, si arguatur eo tempore suam pecuniam bene collocasse.

2) S. oben §. 50. i. A.

3) L. 12. C. de admin. tutor. Imp. Gordianus A. Octavianae. De his, quae in fraudem administrationis a tutore gesta, vel negligenter a curatoribus eorum, quibus successisti, allegas, agere debes; si modo annos legitimae aetatis implesti. — — In der Vorfrage nämlich war von dem Betruge des Tutors, eines Menſchen, den die Octaviana beerbt hatte, und von der Nachläſſigkeit ſeines Curators die Rede geweſen.

4) S. oben §. 51. No. 4.

5) L. 3. §. 2. D. de administr. tut. Ulpianus lib. 35. ad Edictum. Caeteri igitur tutores non administrabunt, sed erunt hi, quos vulgo honorarios appellamus. Nec quisquam putet, ad hos periculum nullum redundare. Constat enim, hos quoque, excussis prius facultatibus eius qui gesserit, conveniri oportere. Dati sunt enim quasi

Bei den übrigen Contracten, welche diligentiam quam suis zur culpa außer dolus erfordern, findet im Ganzen dieselbe Ansicht Statt: die praestatio wird, wie wir aus mehreren Stellen gesehen haben, wo sie ausführlich bestimmt ist, gerade eben so und mit denselben Worten bestimmt; auch bei ihnen wird oft von einer culpa außer dolus geredet, ohne daß diese näher charakterisirt wird, und wo sie charakterisirt wird, da wird sie auf diligentia quam suis beschränkt. Es muß also auch im Allgemeinen die Präsumtion dieselbe sein. Dennoch mochte sie aus factischen Gründen wohl hier weniger stark sein wie bei der Tutel, und durch Beweise leichter zu überwinden. In den andern Fällen ist immer ein gemeinsames Wohl zu berücksichtigen, das eigne Interesse muß also schon zum Fleiße bewegen; so bei der dos, so bei jeglicher societas; unterstützende Umstände können also schon leichter die Vermuthung erregen, daß man mehr aus individueller Schwäche, als aus Geringschätzung der gemeinsamen Angelegenheit gefehlt habe. Dazu kommt, daß zur Vergleichung mit dem in eignen Sachen bisher bewiesenen Fleiße im Ganzen mehr Gelegenheit ist, als bei der Tutel; bei dieser können die pupillarischen Geschäfte und Angelegenheiten leicht ganz fremdartig, ganz verschieden sein von dem eignen Wirkungskreise und dem Erwerbszweige des Tutors; wenn gleich auch wohl bei der Bestellung des Tutors hierauf Rücksicht genommen wird, so ist es doch nicht einzige, und nicht einmal vorzügliche Rücksicht; dagegen verbindet sich nicht leicht jemand mit einem Andern zu einem gemeinsamen Geschäft oder Erwerb, ohne daß er dergleichen schon selbst getrieben und noch treibt: Aehnlichkeit der Fälle

---

observatores actus eius et custodes, imputabiturque eis quandoque, cur, *si male eum conversari videbant*, suspectum eum non fecerunt. *Assidue* igitur et rationem ab eo exigere oportet et *sollicite curare*, qualiter conversetur, et si pecunia sit, quae deponi possit, *curare*, ut deponatur ad praediorum comparationem. — Vergl. auch noch L. 67. §. ult. D. de iure dotium.

erleichtert hier aber den Beweis um vieles, und macht ihn faſt allein möglich. Die Verwaltung einer dos vollends iſt gar leicht mit der Verwaltung des eignen Vermögens des Ehemanns zu vergleichen. So ſind denn hier, wenn gleich die Fälle überall nicht ſo gar häufig ſein mögen, da einer ſich als einen im Ganzen Nachläſſigen darſtellen kann oder mag, wenigſtens da, wo es wirklich der Fall iſt, die Materialien zum Beweiſe leichter erfunden. War alſo auch das die Präſtation beſtimmende Princip hier gleich, ſo mochte doch das factiſche Reſultat im Ganzen ein anderes ſein. Und dies mag denn auch verbunden mit der Rückſicht auf die Hülfloſigkeit des Pupillen die Urſache ſein, daß bei aller Gleichheit im Ganzen, doch die Römer die Verpflichtung des Tutors vorzüglich auch in den Ausdrücken geſchärft zu haben ſcheinen. Daß nur hier bei culpa das Wort levis vorkommt, will ich nicht urgiren, denn dies geſchieht nur einmal und vielleicht zufällig, und kommt das Wort überhaupt nur ſechsmal im corpus iuris vor; aber die übrigen Fleiß erfordernden Redensarten ſcheinen hier dringender, und vorzüglich iſt es auffallend, daß gerade hier, wie erwähnt, mehrmals die Verbindlichkeit indirect bis an den casus ausgedehnt wird, was freilich doch auch ſchon aus der ganzen Anſicht hervorgeht, hier aber beinahe gar nicht anders ſein konnte.

§. 75.

Was nun endlich den Vorzug der Erben vor dem Tutor aus dem Grunde, weil ſie nur grobe Adminiſtrationsfehler zu präſtiren hatten, betrifft, ſo iſt die Anwendung der bisherigen Erörterung auf die Erklärung deſſelben zu leicht, als daß ich den Leſer damit ermüden ſollte. Nur über die Urſache, warum man den Erben ihn zugeſtand, will ich mir ein paar Worte erlauben. Ich denke, es war dieſer. So ſtrenge man es auch mit der Verantwortlichkeit des Tutors, ohngeachtet er gezwungen war, dem Geſchäfte vorzuſtehen, nehmen mochte; ſo wollte

man doch nicht, daß die Nachtheile (und wem begegnet nicht einmal ein Versehen bei einer vielleicht sehr ausgebreiteten Vermögensverwaltung?) eines officii publici noch über seinen Tod hinaus auch die Erben noch mehr als hochnöthig treffen sollten; auch wollte man ihrer Unwissenheit schonen, da nicht selten, wo der tutor selbst, der das Ganze übersah und im Kopfe hatte, sich noch hätte rechtfertigen können, die Erben dies nicht vermögen. Da sich nun aber diese Schwierigkeit einer Rechtfertigung nicht etwa bloß auf Fälle einer negligentia suis rebus consueta, sondern auch auf Fälle völliger Unschuld und wo ungeachtet des Verdachts einer Verabsäumung dennoch gar nichts auf den Vormund würde zu bringen gewesen sein, wenn er nur selbst den wahren Zusammenhang der Sache noch hätte auseinander setzen können, erstreckte; so muß auch behauptet werden, daß der Erbe nur für culpa lata und erwiesene fraus, also auch erwiesene negligentia suis non consueta, eben so unbedingt, wie die Gesetze es angeben, mithin auch selbst nur dafür zu haften habe, wo der tutor selbst, wie z. B. wenn er sich zugedrängt 1), diligentiam omnem zu prästiren hat, und daß einzig und allein die beiden L. 1. C. de heredib. tutor. cit. aufgeführten Ausnahmen, si non contra tutorem lis inchoata est, neque ex damno pupilli lucrum captatum aut gratia praestitum sit, zuzulassen sind. Ueber den Sinn der letzten beiden Ausnahmen möchte, da die angeführten Worte

1) L. 53. §. 3. D. de furtis. Man unterscheide hiervon aber den Fall, da er, ohne tutor zu sein, sich zudrängte, also der eine Fall der L. 53. §. 3. cit. gehört nicht hierher. *J. Joa. Schöpffer* de culpa lata tutor. ab haered. praest. Rostoch. 1709. sucht den Grund ganz allgemein darin: quia res longe gravissima est, ex aliena administratione rationes reddere. Daher er denn in cap. 2. no. 71. dies auf die Erben eines jeglichen Administrators ausgedehnt haben will. Sonst hat seine Schrift eben nichts bemerkenswerthes, als etwa in der Vorrede die interessante Notiz, daß die Freundschaft nicht auf die Erben übergehe, welche er mit L. 57. D. mandati erhärtet.

oft und viel mißverstanden und wirklich gemißhandelt worden, eine kurze Erörterung nicht überflüssig sein. Man konnte sich nämlich nicht darin finden, wie hier durch eine bloße Nachlässigkeit ohne alle Absicht auf Kosten des Pupillen ein Gewinn gemacht oder überlassen sein sollte. In der That ist aber dieses gar wohl denkbar. So konnte der tutor Geld, das dem Pupillen gehörte, aus Versehn in seine Kasse gelegt, und für eigne oder Zwecke eines Dritten verwandt haben, oder diese Verwendung konnte erst von dem Erben in voller Unschuld geschehen sein; so konnte auch der Vormund für die Handlung des Pupillen aus Nachlässigkeit einen günstigen Augenblick nicht benutzt haben, und konnten dadurch später für seine eigne Handlung vortheilhafte Conjuncturen entstanden sein, die er damals nicht beabsichtigte, die er nun aber für den Pupillen nicht benutzen kann, weil er über dessen Geld schon anderweitig disponirt hat; er kann diesen ihm so durch seine frühere Nachlässigkeit zum Nachtheil des Pupillen erwachsenen Vortheil selbst benutzt, oder einem Dritten zugewandt, und sich dadurch verdient um ihn gemacht haben, oder derselbe kann auch sonst seine Erben getroffen haben, und von diesen entweder auf die eine oder die andere Weise verwandt worden sein. Man vergleiche nur:

L. 25. §. 11. D. de heredit. petit. Ulpianus tit. 15. ad Edictum.

Consuluit Senatus bonae fidei possessoribus, ne in totum damno adficiantur, sed in id duntaxat teneantur, in quo locupletiores facti sunt. Quemcunque igitur sumptum fecerint ex hereditate, si quid dilapidaverunt, perdiderunt, dum re sua se abuti putant, non praestabunt, nec si donaverint locupletiores facti videbuntur, quamvis ad remunerandum sibi aliquem naturaliter obligaverunt. Plane si *ἀντίδωρα*, id est, remunerationes acceperunt, dicendum est, eatenus locupletiores factos, quatenus acceperunt, velut genus quoddam hoc esset permutationis.

Dieſelbe Bereicherung und Gunſterzeigung, welche hier bona fide aus einem völlig ſchuldloſen Irrthum geſchehen war, konnte vom tutor auch bona fide, aber aus einem durch Nachläſſigkeit verſchuldeten Irrthum geſchehen ſein, und es wurde für billig geachtet, daß den Erben ſo gut wie ihm ſelbſt die Bereicherung auf Koſten des Pupillen nicht zu Gute käme, und ihnen auch ſelbſt der Vortheil nicht bliebe, der dem b. f. possessor nicht angerechnet wurde, nämlich, daß ſie ſich einen Dritten durch Liberalität verpflichtet hatten.

Zum Schluß noch eine ebenfalls nicht weniger von den Interpreten gekreuzigte Stelle, welche es zu bekräftigen ſcheint, daß die Urſache jenes Vorzugs der Erben von mir richtig angegeben worden:

L. 8. §. 1. de fideiussoribus tutorum. Paulus lib. 9. Responsorum.

Paulus respondit, tale iudicium in heredem tutoris transferri oportere, quale defunctus suscepit. Hoc eo pertinet 1), ut non excusetur heres, si dicat, se instrumenta tutelaria non invenisse, nam cum ex omnibus bonae fidei iudiciis propter dolum defuncti heres teneatur, idem puto observandum et in tutelae actione. *Sed Constitutionibus* subventum *est ignorantiae heredum*, hoc tamen tunc observandum est, cum post mortem tutoris heres conveniatur, non si lite contestata tutor decesserit: nam litis contestatione et poenales actiones transmittuntur ab utraque parte et temporales perpetuantur 2).

Der etwas verworren ausgedrückte Sinn iſt dieſer: das iudicium tutelae geht gerade ſo auf den Erben über, wie der tutor ſelbſt es aufgenommen. Damit hat es folgende Bewandtniß: einmal der Erbe muß den dolus des tutor unbedingt

1) Die Lesart der Haloandrina: pertinere, iſt falſch, da ſie ſich mit dem Nachſatz nicht verträgt, obgleich allerdings Paulus fortfährt zu reden.

2) *Vgl. H. L. Z. S. 725. ff.

präſtiren, denn wenigſtens dieſer wird bei allen bonae fidei iudiciis präſtirt, alſo z. B. wenn der Erbe ſich darauf berufen wollte, er habe keine, die Vormundſchaft betreffende Documente, vorgefunden, ſo kann er damit nicht gehört werden, denn waren ſie wirklich gar nicht da oder ſchon vom tutor abhanden gebracht, ſo iſt dies nicht ohne dolus des Tutors denkbar; ſodann aber ſoll freilich nach ausdrücklichen kaiſerlichen Verfügungen die Unwiſſenheit der Erben geſchont, alſo ſollen auch dieſelben nicht wegen einer bloßen Nachläſſigkeit des Vormundes, die vielleicht nur ſcheinbar ſein könnte, in Anſpruch genommen werden können; jedoch endlich ſoll dieſes nur in ſofern gelten, als der tutor nicht vorher ſchon lis conteſtirt hatte, da ja ſelbſt Pönalklagen durch eine ſolche Einlaſſung auf die Erben beiderſeits übergehen.

Achtes Capitel.

Ueber custodia und periculum.

§. 76.

Wir haben in dem Bisherigen die Bedeutungen der Worte culpa und diligentia in ihren verschiedenen Richtungen und Verhältnissen genauer zu bestimmen gesucht; auch ist schon mehrmals von *custodia* und einmal von *periculum* die Rede gewesen. Was die erstere betrifft, so würde eine ausführlichere Erörterung darüber ziemlich überflüssig sein, da die Bedeutung des Wortes und das Verhältniß des Begriffs selbst zur diligentia und culpa schon von Andern im Ganzen richtig bestimmt worden: was etwa noch zu erinnern sein möchte, wird bei Gelegenheit der unten abzuhandelnden Frage, in wiefern man wegen culpa und custodia für Diebstahl hafte, und die actio furti anstellen könne, vorkommen. Jedoch dürfte schon wegen jener bevorstehenden Abhandlung, und weil doch gleich von periculum und ihrem Verhältniß zur custodia die Rede sein muß, eine kurze Uebersicht dessen, was ich darüber für ausgemacht halte, hier am Orte sein.

Es ist eine bekannte Sache, daß die Bedeutung von custodia nach dem gemeinen Sprachgebrauch: Schutz, Aufsicht, Aufbewahrung sei. In dieser allgemeinen Bedeutung kommt es auch im corpus iuris nicht selten vor; man denke nur an custodia ventris; so ist auch gleich in L. 1. D. depositi von einer custodia rei die Rede, welches denn nichts anderes heißen

kann, als geradehin Aufbewahrung der Sache (custodiendi actus): eine solche Aufbewahrung kann fleißig und kann unfleißig sein, und es kann auch davon ohne alle Rücksicht auf Fleiß oder Unfleiß die Rede sein, z. B. wenn man fragte: quonam tempore tibi custodia rei (depositae) commissa fuit? In diesem Sinn heißt custodiae rem committere nichts anders als: custodiendam rem dare, oder servandam rem dare. Von dieser allgemeinen Bedeutung aber müssen alle specielleren abgeleitet werden. So sind davon die besondern des gemeinen Lebens: Gefängniß, Gefangener abgeleitet, welche sich im corpus iuris ebenfalls befinden 1). Angewandt also auf Zurechnung bei obligationes kann von custodia nur in soweit die Rede sein, als eine Verpflichtung zur Schützung und Bewahrung einer Sache gegen äußere, d. h. außer unserm eignen Thun 2) sich ereignende Unfälle, welche die Sache auf irgend

---

1) L. 13. §. 5. de re militari L. 9. D. qui testam. fac. L. 224. D. de V. S. L. 14. D. de custod. et exhibit. reor. L. 17. f. D. de quaestion. L. penult. D. de feriis. L. 6. D. de offic. proconsul. Es ist bekannt, daß custodia auch so viel als unser deutsches Wache bedeutet.

2) *Gensler* l. c. Exercit. 4. §. 1. bringt auch die eigene culpa mit unter die custodia: ut — rem — rite custodiat, i. e. curam habeat, ne res tradenda vel reddenda, *sive ipsius culpa*, sive facto alterius, vel intereat, vel deterioretur," er dachte sich vermuthlich, man könne ja auch wohl gegen eignen Unfug eine Sache in Schutz nehmen. Seite 55 aber schließt er so: es gibt Gesetzstellen, welche vorschreiben, daß wer eine Sache zu bewahren übernommen, sie auch nicht selbst (facto suo commissivo) verderben oder zerstören dürfe (z. B. heiße es in L. 41. D. locat. cond. sive custodire potuit, ne damnum daretur, sive ipse custos damnum dederit, und in L. 11. §. 2. D. eod. item prospicere debet conductor, ne aliquo modo vel ius rei vel corpus deterius faciat, vel fieri patiatur u. s. f.); folglich sei es eine vana opinio, wenn man den classischen Begriff der custodia auf Abwendung einer von außen drohenden Beschädigung, und also die ihr correspondirende culpa stets für eine in omittendo bestehende halten wollte. Als dieser vana opinio zugethan, werden dann Thibaut Syst. d. Pand. R. Th. I. §. 251., und Löhr Theorie der Culpa §. 12.

eine Weise in ihrem Werth herabsetzen, oder sie doch dem entziehen, für welchen wir sie bewahren sollen, vorhanden ist: wem eine solche Verpflichtung obliegt, hat custodia im allgemeinsten Sinne zu prästiren.

Der so bestimmten Verpflichtung kann man nun auf zweierlei Weise entgegen handeln; entweder dadurch, daß man die Aufsicht absichtlich oder unabsichtlich vernachlässigt: jenes würde dolus in engster Bedeutung, dieses culpa sein. Die culpa zerfällt dann wieder in culpa lata und culpa levis, nach Maaßgabe der größeren oder geringeren Vernachlässigung der zum Schutze nöthigen Sorgfalt. Immer geht custodia auf besondere Beflissenheit, denn niemand ist schuldig, die Sache eines Andern gegen äußere Unfälle zu schützen, der sich nicht besonders dazu verpflichtet hat; die Aquilia hat also auch nichts mit custodia an sich zu thun, und nur wenn thätige Aufsicht durch ein vorhergegangenes Thun, von dem sie nur als accessorium betrachtet wird, nothwendig geworden, kann dort in einem aber nicht juristisch gebräuchlichen Sinne des Worts, von custodia gesprochen werden. Alle custodia ist daher diligentia, daher denn beide Worte in den Titeln ad Leg. Aquiliam nicht vorkommen, wenn gleich von negligenter custodire, diligenter curare, providere, dort zuweilen die Rede ist 1).

In der That ist dies schon eine engere eigentliche Bedeutung der beiden Worte. Custodia ist hiernach nichts anderes,

---

§. 72. angeführt; ich möchte den Mittelsatz hören. Auf die Weise werden denn pag. 80. zu der in L. 13. §. 1. de pignorat. act. erwähnten custodia folgende Fälle gerechnet: „non licet commodatario, res ad utendum acceptas, usu finito reddendas, alienari, aut alio (i) tradere, aut contra legem contractus in usum sibi non promissum convertere, aut alio (?) iniusto modo *deteriores facere*“ etc.: also auch das heißt die custodia oder diligentia in custodiendo verletzen, wenn man an der res commodata selbst ein furtum usus begeht!

1) Z. B. L. 27. §. 9. L. 31. D. ad Leg. Aquil.

als eine besondere, nämlich auf Schutz einer Sache gerichtete diligentia — diligentia in custodiendo, diligentia ad rem custodiendam adhibita; mithin ist sie eine species diligentiae. Da nun nach Verschiedenheit der Prästationsverbindlichkeit die diligentia überhaupt in eine diligentia quam *quisque diligens paterfamilias* suis rebus adhibere solet, und eine solche, quam obligatus suis rebus adhibere solet, eingetheilt wird; so kann es nicht fehlen, daß insbesondere diejenige diligentia, welche mit Schutz und Erhaltung der fremden Sache zu thun hat, also custodia ist, eben so eingetheilt wird: jene ist hier summa s. plena diligentia in custodiendo, diese geht hier nicht weiter, als gerade der Fleiß im Bewahren, welchen der Custodirende bei seinen eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt, beschränkt also diejenige culpa, welche durch Vernachlässigung der custodia entsteht, auf Unterlassung desselben Fleißes, mithin auf einen Fall, der, wenn er auch an sich betrachtet eine culpa levissima enthielte, doch mit Rücksicht auf die dabei vorauszusetzende Gesinnung einen dolus enthalten müßte. So wie nun ferner die diligentia diligentis patrisfamilias in einem vorzüglichen Sinn diligentia heißt, und dieses Wort ohne Zusatz und nähere Bestimmung gebraucht diesen engeren und engsten Sinn hat; so kann es nun wiederum nicht fehlen, daß custodia i. e. diligentia in custodiendo schlechthin gebraucht, eben so den engeren Sinn haben müsse, und auf jene diligentia plena in custodiendo gehen müsse. Dies ergiebt sich deutlich aus der Vergleichung von L. 2. 3. D. de periculo et commodo r. v. von der noch weiter unten näher die Rede sein wird, und wo gerade zwischen custodia plena und minus plena unterschieden wird, mit den vielen Fragmenten, wo custodia das Aeußerste des Fleißes im Bewahren bezeichnet, von denen ich nur herausheben will: L. 1. in f. L. 2. D. usufruct. quemadmodum carcat, wo omnis rei cura und custodia offenbar einander gleich gestellt, und sogar auf usucapionem interpellare bezogen wird: L. 28. C. de locato, wo dolus und außer dolus custodiae als die beiden einzigen Prästationsarten

außer casus fortuitus bei der res locata aufgeführt werden: nur noch an das erinnernd, was oben (§. 60.) über die custodia bei L. 5. D. commod. gesagt worden.

Im Verhältniß der custodia zur culpa folgt also hieraus, daß wenn culpa außer dolus als zur Prästation gehörig angegeben wird, man noch damit nicht wisse, ob custodia plena oder minus plena dahin gehöre, und daß mithin jene sich zur custodia s. str. als unbestimmtes genus zu einer bestimmten in einigen Fällen nicht, in andern wohl darunter begriffenen species, zur custodia, minus plena aber sich wie zur diligentia quam suis etc. überhaupt verhalte, nämlich wie ein genus zu einer immer dahin gehörigen, aber bald allein, bald mit custodia plena zugleich, darunter befaßten species.

Das Verhältniß der custodia zur diligentia ist nun aber endlich noch genauer dahin zu bestimmen, daß jene ein permanenter Theil von dieser sei, und daß, wo nur immer von Bewahrung einer Sache oder schützender Aufsicht über dieselbe die Rede sein kann, und diligentia zu leisten ist, auch custodia geleistet werden muß, und folglich, daß man in Betracht der Verpflichtung immer von einer auf die andere schließen könne 1).

---

1) Die Unterscheidung der diligentia von der custodia, je nachdem von theilweiser Verletzung oder gänzlichem Verluste die Rede sei, ist keine Erfindung unserer Tage. Sie findet sich schon bei *Waechtler* de gradib. culpae. Vitenb. 1680. Der Einfall verdiente vergessen zu werden, und verdient es wieder. Es ist jedoch eine unschuldige Neugier zu fragen, wozu ihn denn Wächtler damals gebraucht hat? Er meinte (§. 46.) den Unterschied zur Vereinigung der L. 22. §. 4. L. 25. D. de pignor. act. und der übrigen bekannten Fragmente dieses Titels, welche bloß von dolus u. culpa sprechen, L. 14. mit eingeschlossen, wo der diligens paterfamilias auch nicht mehr sagen soll, ferner der L. 13. §. 1. D. de reb. auctorit. iud. possidend. und L. 7. C. de pignor. act. mit L. 13. §. 1. D. de pignor. act., und L. 19. C. de pignorib. nöthig zu haben. Von dem Fall der Deterioration sprächen die ersteren, von dem Fall des gänzlichen Verlustes die letzteren. In jenem sei beim pignus nur culpa levis (nicht diligentia schlechthin), in diesem culpa levissima zu prästiren. Das letztere heiße custodia („culpa

Nur muß man sich hüten, hiermit die factische Möglichkeit des Theils der diligentia, welcher custodia heißt, zu verwechseln. Es ist so gut, als wenn alle custodia angewandt worden, wenn gar keine anzuwenden war. Doch das Nähere darüber unten.

Hier ist nun noch zu bemerken, daß, wie schon oben beim Commodat gezeigt worden, die custodia öfters die ganze diligentia ausfüllt, welches allenthalben der Fall sein muß, wo die Verbindlichkeit bloß Zurückgabe oder Uebergabe einer Sache, welche daher in der Zwischenzeit zu schützen und zu bewahren ist, betrifft, also gerade bei den meisten Contracten: hier ist daher custodia und diligentia gerade eins und dasselbe.

---

levissima in casu amissionis"). Daß dies richtig sei, zeige klar §. ult. I. quib. mod. re contr. obligat. Wächtler supplirt hier, im Gegensatz von §. 3., wo davon die Rede sei, daß der Depositar nicht exacta diligentia leiste, (sonderbar genug wäre dieser Gegensatz, da ja der Depositar auch nicht culpa levis und überall nichts wie culpa lata leisten soll) den Zweifel, ob doch nicht vielleicht e contrario der creditor pignoratitius culpa levissima propter omnem deteriorationem zu prästiren habe. Der Kaiser, denkt er, antworte: ex capite deteriorationis leiste er nicht so viel, denn das pignus sei utriusque causa datum, wohl aber, und das sei genug, müsse er „circa custodiam rei, in existendo scilicet, culpa levissima" leisten. Habe er nun nur dieses beobachtet, so schade es ihm nicht, si aliquo fortuito casu rem *amiserit*. Das sei auch so recht, denn es sei ein gar zu herber Verlust für den debitor, nicht allein das Aequivalent seiner Schuld, sondern auch das residuum, was doch gewöhnlich Statt finde, zu verlieren, und der creditor mache sich ja auch verbindlich, das Pfand, sobald die Schuld bezahlt werde, in specie et substantia zu restituiren (macht er sich denn nicht auch verbindlich, das Pfand unverderben wieder zu geben?) Dem Commodatar sei also der creditor pignoratitius gleich („pares sunt") in Hinsicht seiner „obligatio ad rem custodiendam in existendo" ungleich („impares") „in obligatione ad conservandam eam in eadem qualitate et perfectione existendi" (er construirt also: „Ut in commodato venit et custodia"). — Alles ist hier gleich: Behauptung, Argumente, Schreibart. Auch die Verschrobenheit und Unwissenheit hat gemeiniglich ihre Vorgenossenschaft.

§. 77.

Ein viel mehr schwankender und juristisch weniger befestigter Begriff, als der von custodia, ist der von *periculum*. Periculum, angewandt auf ein Rechtsverhältniß zu Andern, heißt Gefahr, welche dem fremden Geschäfte, welches wir vornehmen wollen, Gefahr, welche der fremden Sache, die wir zu bewahren haben, von außen oder durch unsre eignen positiven Handlungen droht 1), und welche sich durch unsere Vorsicht abwenden läßt oder nicht 2).

Wir können nach Verschiedenheit der Verhältnisse in dem Fall sein, daß wir solche Gefahr tragen, d. h. den durch die wirklich realisirte Gefahr entstandenen Schaden tragen müssen, er mochte von uns haben abgewandt werden können oder nicht; es kann eben sowohl sein, daß wir nur dann die Gefahr auf uns zu nehmen schuldig sind, wenn wir durch vernünftiger Weise zu verlangenden Fleiß, also diligentia s. custodia diligentis patrisfamilias, die Gefahr abwenden konnten, es kann aber auch sein, daß nur diligentia quam suis etc. zur Abwendung verlangt, aber diese präsumirt wird, ja endlich daß geradezu nur dolus und culpa lata, und gegen den Verpflichteten zu erweisende negligentia suis rebus non consueta erfordert wird, damit man für die Gefahr verantwortlich werde, welcher durch ein bloß gewissenhaftes Benehmen hätte ausgebeugt werden können. In allen diesen Verhältnissen und Bedeutungen kommt das Wort periculum vor, und die Ausdrücke: periculum ferre, sustinere, recipere, excipere, subire, praestare, periculo se subiicere, periculo teneri, illigari, adstringi, periculum pertinet, redundat ad eum, respicit eum, res

---

1) Daß auch die eigenen Handlungen, in sofern ihr glücklicher oder unglücklicher Erfolg uns zweifelhaft ist, hieher gehören, zeigen L. 27. §. 29. ad Aquil. L. 13. §. 5. locati.

2) *Vergl. H. L. Z. S. 726.

periculo eius est, servatur, periculo eius fit, periculo suo facit etc. haben nichts, was sie in einer oder der andern dieser Hinsichten besonders charakterisirt; sie sagen alle so viel als: res cum detrimento eius perit, negotium cum damno eius male geritur, deminutione seu interitu rei periclitatur etc.; wie weit aber die Gefahr in diesem oder jenem Falle gehe, ob sie unbedingt den damit Bedrohten treffe, ob nur, wenn eine gewisse Zurechnung Statt finde, muß anders woher, aus dem nächsten oder aus dem entfernteren Zusammenhang bestimmt werden. Daher haben diejenigen so sehr Unrecht, welche bloß aus dem vagen Ausdruck periculum zuweilen auf praestatio casus fortuiti, schließen wollen. An sich gibt es gar keine specielle Bedeutung von periculum, jene allgemeine, welche wir angegeben, kommt in immer neuen Gestalten wieder vor; nur durch den Gegensatz von culpa oder custodia wird zuweilen ein engerer Sinn bewirkt, und dieser ist dann allerdings: casus cui resisti non potest 1). Daß periculum praestare auch auf culpa omnis und omissa diligentia s. custodia mit Ausschließung des Zufalls gehen könne, ist bekannt genug 2); dagegen scheint es schon weniger bekannt zu sein, daß das Wort zuweilen auch diejenige culpa bezeichnet, welche bloß die diligentia quam suis etc. begreift, und noch weniger, daß es sogar

---

1) Z. B. L. 17. §. 1. 2. 4. D. de praescript. verb. L. 5. §. 1. eod. — Es ist schon irrig, mit *Vinnius* Comment. ad I. an mehreren Stellen zu sagen, gewöhnlich gehe periculum auf casus, nur zuweilen auf culpa, und es ist auffallend, daß er an einem Ort, nämlich zu Lib. 3. tit. 24. §. 3. no. 3. mehr Leges für das Ungewöhnliche als das Gewöhnliche anführt. Gesetzt aber auch, man rechnete die verschiedenen Stellen im corpus iuris gegen einander auf, und fände am Ende, daß die Zahl der den casus mit periculum bezeichnenden größer sei; so könnte dies doch bloß zufällig sein, und würde es sein. Es gibt hier keine Präsumtion für die eine oder die andere Bedeutung.

2) Z. B. L. 14. §. 16. D. de furtis. L. 13. §. 1. D. de liberali causa. L. 5. §. 13. 14. D. commod. L. 54. de action. emt. vend.

in Fällen gebraucht wird, in welchen bloß dolus und culpa lata zu präſtiren iſt. Wirklich aber kommt es in dem letzteren Sinne in L. 14. §. 3. de furtis vor, und in L. 39. §. 6. 10. 11. D. de administr. tutor. iſt davon die Rede, daß die Erben des Tutors in Hinſicht ſeiner Verſehen das periculum zu präſtiren hätten, indem doch ausgemacht iſt, daß dieſes nur bis zur culpa lata auf ſie überging (§. 72.). Auf den zweiten Präſtationsgrad bezieht es ſich z. B. in L. 25. D. pro socio, aber auch noch in der ganzen Lehre von der Tutel, wenn dort von einem periculum die Rede iſt, welches der tutor zu präſtiren hat. Um nämlich gewiß zu ſein, welchen Sinn dieſes vieldeutige Wort in der gerade vorliegenden Stelle habe, muß man freilich zuerſt darauf ſehen, ob nicht die Stelle ſelbſt darüber Auskunft gebe. Wenn z. B. wie in L. 1. C. de locato, und in der Collat. Leg. Mosaic. tit. 10. §. 9. von einem periculum vis maioris oder wie in L. 40. D. locati von einem periculum custodiae die Rede iſt, ſo kann die Meinung nicht leicht zweifelhaft, und es kann nicht Unrecht ſein, wenn wir nach dieſem, wo wir etwa das Wort periculum nöthig haben, durch einen ſolchen Zuſatz immer den ſpeciellen Sinn beſtimmen werden. Schon unbeſtimmter iſt der Ausdruck periculum culpae, da er auf den zweiten ſo gut als auf den dritten Präſtationsgrad gehen kann; ſo geht er z. B. auf den zweiten in L. 39. §. 12. 14. L. 40. D. de administr. et peric. tutor. 1). Ganz beſtimmt aber iſt wiederum der Ausdruck periculum omne, da er ſicher mit periculum casus zu thun hat, ſo wie culpa omnis gewiß immer die diligentia omnis und dieſe wieder die diligentia diligentis patrisfamilias, alſo auch das Aeußerſte der Befliſſenheit (culpa levissima in diligentiam omittendo) einſchließt 2). Gibt nun aber weder ein Prädicat, noch ein

1) In L. 1. 3. C. de peric. tut. heißt es: periculo obligari propter culpam et signitiem.

2) Daß culpa omnis jemals bloß auf das Aeußerſte der Aquiliſchen

Gegensatz, noch überhaupt der specielle Zusammenhang Auskunft, so muß man auf die Materie Rücksicht uehmen, in welcher der Ausdruck vorkommt. So haben wir schon erwähnt, daß bei der Tutel periculum auf den zweiten Prästationsgrad gehe. Warum ist dies anzunehmen? darum, weil der Tutor für nichts mehr herkommt, und so sehr häufig von seinem periculum die Rede ist, wo doch nur seine regelmäßige Verpflichtung eintreten kann: es gibt davon eine große Menge Stellen fast in jedem Titel dieser Materie; wo man aufschlagen mag, finden sich derer, und schon die Titelüberschrift de administratione et periculo tutorum hat diese Bedeutung. Ferner beim furtum und der actio furti, wenn da von periculum die Rede ist, so geht es auf den dritten Grad, und heißt periculum custodiae; nur einmal kommt es in dem Titel D. de furtis vom casus vor, nämlich in L. 14. in f. pr., wo es aber nur zur Erläuterung und im Gegensatz von dem hier allein anzunehmenden periculum custodiae steht. Dagegen endlich wenn vom Uebergang der Gefahr auf den Käufer die Rede ist, also im Tit. P. de periculo et commodo rei venditae, heißt periculum soviel als periculum casus.

§. 78.

Aber periculum hat noch eine ganz besondere Bedeutung, welche nur einen Theil des casus, nicht diesen ganz in sich

---

culpa, wo überall von Beflissenheit die Rede sein kann, sich beziehen könne, also z. B. auch beim socius von culpa omnis die Rede sein könne, davon ist mir kein Beispiel vorgekommen, und ist es höchst unwahrscheinlich, daß es ein solches gebe. Der Ausdruck geht vielmehr immer mit auf die diligentia s. str. und allein auf dieselbe, wo von gar keiner Aquilischen culpa die Frage sein kann. Vergl. L. 31. §. 12. D. de Edilit. edict. und L. 13. C. mandat. mit L. 1. §. 1. D. si mensor. Wegen diligentia omnis. L. 38. pr. D. de damno inf. L. 24. C. de usuris wegen periculum omne L. 5. §. 2. commod. L. 7. §. 15. de pactis u. s. w.

schließt, und diese Bedeutung ist um so merkwürdiger, da in demselben Zusammenhange sogar das Wort custodia, und also auch der Ausdruck periculum custodiae denselben Sinn hat. Dies findet nämlich Statt bei dem Verhältniß, wovon im tit. P. nautae caupones stabularii, und im tit. P. furti adversus nautas die Rede ist. Wer diese Titel mit einiger Unbefangenheit durchlesen will, dem kann es nicht entgehen, daß der Schiffer, der Wirth u. s. w. keineswegs bloß für culpa, sondern auch für den Diebstahl und das damnum iniuria datum haften, wenn es ohne alle Schuld von ihrer Seite vorgefallen, und sie dieses auch noch so klar beweisen können. In Hinsicht des Diebstahls existirt eine Meinung, daß wer nur custodia im gewöhnlichen Sinn, also culpa omnis in custodiendo zu prästiren habe, ohnehin für das furtum unbedingt haften müsse, weil Schuldlosigkeit dabei gar nicht möglich sei; allein daß das damnum iniuriae, vom Dritten zugefügt, alsdann immer prästirt werde, hat noch niemand behauptet, vielmehr zeigt sich auch, wenn man L. 41. D. locati mit L. 19. D. commodati vergleicht, daß hier die Präsumtion gegen die culpa stritt 1). Dennoch steht geschrieben in L. 5. §. un. D. nautae caupones: Quaecunque de furto diximus, eadem et de damno debent intelligi, non enim dubitari oportet, quin is, qui salvum fore recipit, non solum a furto, sed etiam a damno recipere videatur. Weiter ging aber hier auch die Uebernahme des casus nicht, daher denn alles Uebrige desselben unter dem Namen damnum fatale im engsten Sinne in L. 3. §. 1. in f. eod. ausgeschlossen, dabei aber ausdrücklich gesagt wird, daß die eigentliche vis maior ausgenommen, es auf culpa gar nicht ankomme, sondern Verantwortlichkeit auch dann eintrete, „si sine culpa eius res periit, vel damnum datum est“ 2). Von

1) Das Nähere am Schlusse unter den einzelnen Erörterungen und Reflexionen.

2) Natürlich verstanden dies die Vertheidiger der ehemals gemeinen

dieſer ſo gearteten Verantwortlichkeit nun heißt es in L. 1. §. ult. eod.: „recipit custodiam“ 1); in L. 5. pr. eod.: „custodiae nomine tenetur“; in L. 3. pr. eod.: „periculum ad eum pertinet“; in L. 4. pr. eod.: „res eius periculo est“; in L. un. §. 4. D. furti adversus nautas: „recipiendo periculum custodiae recipit.“

Theorie von culpa levis, und daß, was der caupo etc. zu leiſten hatte, von culpa levissima, ſie verſtanden denn aber auch den wahren Sinn und Zuſammenhang des angeführten Pandektentitels im geringſten nicht. So *Vinnius* Commentar. ad I. lib. 3. tit. 25. §. 5. no. 2.: Damit gar kein Zweifel übrig bliebe, daß die locatio nur die mittlere culpa (levis) verwerfe, eine levissima aber außer dieſem Contract noch vorhanden ſei, dürfe man nur L. 3. §. 1. cit. herbeiziehen: „quo loco Iurisconsultus conferens actiones locati et depositi cum honoraria, quae ex edicto isto competit, utilitatem eius, quae ex edicto est, hoc nomine maxime commendat, quod in locato conducto culpa, in deposito dolus duntaxat praestetur, edicto vero omnimodo, qui recipit, teneatur, etiamsi *sine culpa* eius res periit aut damnum datum est, *ita tamen*, ut nec ille praestet *casus fortuitos*, *seu* quod damno fatali aut vi maiori contigit. Igitur ex sententia Iurisconsulti is, qui recepit, praestat *mediam aliquid inter culpam et casum fortuitum: atqui hoc medium nihil aliud esse fateri omnes debent, quam culpam levissimam.* Ihm ſchwebte die culpa levissima in der Luft zwiſchen culpa und casus, und je nachdem es ihm bequem war, zog er ſie bald auf dieſen, bald auf jene nieder, oder ließ ſie wieder fliegen.

1) *Prousteau* ad L. 23. d. R. I. cap. 9. no. 2. in f.

Neuntes Capitel.

Von der praestatio culpae bei dem Verkaufe.

---

§. 79.

Als Uebergang von den nunmehr ziemlich bestimmten Wortbedeutungen zu der im folgenden Capitel enthaltenen Untersuchung, wollen wir einige von den Hauptstellen, welche von der praestatio culpae bei einem Contract, der das Aeußerste aller Imputation zuläßt, ungeachtet er auf beiderseitigen Vortheil geht, nämlich bei der emtio venditio, durchlaufen, und einige Resultate daraus ziehen, welche das bisher Vorgetragene in aller Hinsicht bestärken werden.

L. 35. §. 4. D. de contr. emt. Gaius lib. 10. ad Edictum provinciale.

Si res vendita per furtum perierit, prius animadvertendum erit, quid inter eos de custodia rei convenerat. Si nihil appareat convenisse, *talis custodia desideranda est a venditore, qualem bonus paterfamilias suis rebus adhibet*, quam si praestiterit, et tamen rem perdidit, securus esse debet, ut tamen scilicet vindicationem rei et condictionem exhibeat emptori.

L. 11. D. de periculo et commodo rei venditae. Alfenus Varus lib. 2. Digestorum.

Si vendita insula combusta esset, cum incendium sine culpa fieri non possit, quid iuris sit? Respondit: quia sine patrisfamilias culpa fieri potest, neque si servorum

negligentia factum esset, continuo dominus in culpa erit; quamobrem si venditor eam diligentiam adhibuisset in insula custodienda, *quam debent homines frugi et diligentes praestare*, si quid accidisset, nihil ad eum pertinebit.

L. 54. pr. D. de action. emt. vend. Labeo lib. 2. Pithanon.

Si servus quem vendideras iussu tuo aliquid fecit, et ex eo crus fregit; ita demum ea res tuo periculo non est, si id imperasti quod solebat ante venditionem facere, et si id imperasti quod etiam non vendito servo imperaturus eras. Paulus: minime, nam si periculosam rem ante venditionem facere solitus est, *culpa tua* id factum esse, videbitur: puta enim eum fuisse servum, qui per catadromum descendere aut in cloacam dimitti solitus esset. Idem iuris erit, si eam rem imperare solitus fueris, quam *prudens et diligens paterfamilias* imperaturus ei servo non fuerit. Quid, si hoc exceptum fuerit? Tamen potest ei servo novam rem imperare, quam imperaturus non fuisset, si non venisset: veluti si ei imperasti, ut ad emptorem iret, qui peregre esset: nam certe ea res tuo periculo esse non debet. *Itaque tota ea res ad dolum malum dumtaxat et culpam venditoris dirigenda est.*

L. 3. D. de periculo et commodo rei vend. Paulus lib. 5. ad Sabinum.

Custodiam autem venditor talem praestare debet, *quam praestant hi, quibus res commodata est*, ut diligentiam praestet exactiorem, quam in suis rebus adhiberet.

L. 36. D. de act. emt. et vend. Paulus lib. 7. ad Plautium.

Venditor domus, antequam eam tradet, damni infecti stipulationem interponere debet, quia antequam vacuam possessionem tradat, custodiam et diligentiam praestare debet, et pars est custodiae diligentiaeque, hanc inter-

ponere stipulationem et ideo, si id neglexerit, tenebitur emptori.

L. 18. §. 7—9. D. de damno infecto. Paulus lib. 48. ad Edictum.

Emptor praedii, si ante traditionem stipulatus sit, cautum habebit de eo damno, quod post traditionem factum erit.

Wer ein praedium kauft, und vor der Tradition stipulirt, dem ist dadurch für den Schaden cavirt, welcher nach der Tradition sich ereignet.

§. 8. Venditorem autem aedium, priusquam possessionem tradat, stipulari oportet, *quia huius quoque rei culpam praestat.*

§. 8. Der Verkäufer des Hauses aber muß, ehe er den Besitz einräumt, die Stipulation sich bestellen lassen, weil er auch in diesem Betracht *culpa* zu prästiren hat.

§. 9. Sed quid fiet, si venditor *sine culpa* stipulari non potuerit, et ob hoc emptor stipulatus fuerit? nonne damnum patitur? an et hoc damnum in aliena re acciderit 1), resolvatur autem ad emptorem, quia actionem ex empto non habet? Sed nihil in hac causa proficit stipulatio, nisi in id quod post

§. 9. Aber wie soll es gehalten werden, wenn der Verkäufer die Stipulation, ohne schuld zu sein, nicht bewirken konnte, und deshalb der Käufer dieselbe vornahm? Kann man auch hier von ihm (vom Käufer) nicht sagen, daß er Schaden leide (also die actio ex stipulatu fundirt sei); oder muß man auch von diesem

1) So lesen Cod. Ms. Paris. 1529. f., Sennet. (Lugd. 1550. f.) Cod. ms. Hafn. die Lesart: an *et hic*, gibt denselben Sinn: sie findet sich Rom. 1476. Nor. 1483. Weniger Beifall verdient die Lesart des Hal. *num* damnum *non* — — *an hic* — — accidit, mit welcher Par. 1548. 8. übereinstimmt. Die Flor. hat: *an hoc* dammum. Cod. ms. Regiom. *an h.* damnum.

traditionem accidit, quia dum venditoris *custodia* est, is stipulari debet, *omnemque diligentiam* emptori praestare, et quod alia actione quaeri potest, id in stipulationem damni infecti omnino non deducitur.

Schaden ſagen, daß er an einer fremden Sache ſich ereignet habe (und alſo jene Klage nicht eintreten kann), den Käufer aber treffe, da ihm die actio ex empto nicht zuzugeſtehen iſt? Allein die Stipulation nützt hier in der That nur inſoweit, als ſich etwas nach der Tradition zugetragen, denn ſo lange die custodia dem Käufer zukommt, muß er ſtipuliren, und präſtirt hier alle Befliſſenheit dem emtor, (wendet er aber dieſe an, ſo iſt nicht abzuſehen, was ihn hindern konnte — eine ſchuldfreie Unterlaſſung iſt bei dieſer ſtrengen Verbindlichkeit des Verkäufers hier gar nicht denkbar), was aber durch eine andere Klage verfolgt werden kann, das gehört nie in die stipulatio damni infecti.

L. 38. pr. D. eod. Paulus lib. 10. ad Sabinum.

Emptor aedium ante traditam sibi possessionem ideo inutiliter stipulatur, quia venditor *omnem diligentiam* ei praestare debet. Tunc certe utiliter stipulatur, *cum omnis culpa a venditore aberit*, veluti si precario emptori in his aedibus esse permisit custodiamque ei afuturus tradidit.

L. 13. §. 16. D. de action. emt. vend. Ulpianus lib. 32. ad Edictum.

In his autem, quae cum re empta praestari solent, non

solum dolum, sed et culpam praestandam arbitror; nam et Celsus lib. 8. Digestorum scripsit, cum convenit, ut venditor praeteritam mercedem exigat et emptori praestet, non solum dolum, sed et culpam eum praestare debere.

L. 68. pr. D. de contr. emt.

L. 31. §. 9. 11. 12. 14. 15. D. de aedilit. Edict. Ulpianus lib. 1. ad Edictum Aedilium curulium.

Pomponius ait, si unus ex haeredibus vel familia eius, vel procurator *culpa vel dolo* fecerit rem deteriorem, aequum esse in solidum eum teneri arbitrio iudicis. Hoc autem expeditus esse, si omnes heredes unum procuratorem ad agendum dederunt; tunc et si quo deterior servus *culpa* unius heredum factus est, et hoc solutum est, caeteri familiae herciscundae iudicium adversus eum habent, quia propter ipsum damnum sentiunt impediunturque redhibere.

§. 11. Si mancipium, quod redhiberi oportet, mortuum erit, hoc quaeritur, numquid *culpa* emptoris vel familiae eius vel procuratoris homo demortuus sit, nam si *culpa* eius decessit pro vivo habendus est, ut 1) praestentur ea omnia, quae praestarentur si viveret.

§. 12. Culpam *omnem* accipiemus, non utique latam: propter quod dicendum est, quamcunque occasionem morti emptor praestitit, debere eum, etiam si non adhibuit medicum, ut sanari possit, vel malum adhibuit, sed *culpa sua*.

§. 14. Quod in procuratore diximus, item et in tutore et curatore dicendum erit, caeterisque, qui ex officio pro aliis interveniunt. Et ita Pedius ait, et adiecit, quibus administratio rerum *culpam abesse praestare* non inique dominum cogi.

---

1) Flor. *et*.

§. 15. Idem Pedius ait, familiae appellatione et filios familias demonstrari, facta enim domesticorum redhibitoria agentem praestare voluit 1).

Wenn keine besondere Verabredungen vorhanden sind, heißt es in L. 35. §. 4., also in der Regel, soll der Verkäufer sich wie ein *bonus paterfamilias* geriren. Dies wird im Allgemeinen auf die custodia bezogen, und insbesondere auf Bewahrung gegen Diebstahl angewandt. In L. 11. wird es zur Frage gestellt, in wiefern, im Fall ein verkauftes Haus abbrennt, es denkbar sei, daß der Verkäufer ohne Schuld sei, und geantwortet, es sei gar keine culpa vorhanden, wenn er den Fleiß angewandt, den *homines frugi et diligentes* anwenden. Dieſen Fleiß anzuwenden, war also Princip.

In L. 54. pr. wird die Entscheidung der Frage, ob Verantwortung eintrete, wenn ein verkaufter Sklave nach dem Verkauf in Diensten des Verkäufers Schaden gelitten, gegen eine irrige Meinung, welche nach vagen und nicht durchgreifenden Rücksichten die Sache determiniren wollte, einzig auf dolus et culpa und diese wiederum, nach dem in dieser Materie geltenden Grundsatze auf das gewöhnliche Betragen eines *prudens et diligens paterfamilias* gestellt.

In L. 3. wird die custodia, welche der Verkäufer der verkauften Sache zu widmen hat, derjenigen gleichgestellt, welche vom Commodatar verlangt werden kann, womit denn auch gesagt ist, daß er ganz denselben Fleiß anzuwenden hat, zu welchem dieser verpflichtet ist, denn diligentia und custodia fallen hier fast immer zusammen: alles, was der venditor in der Regel zu beobachten hat, ist, abgesehen von eigener Aquilischer culpa, daß er die Sache zu rechter Zeit übergebe, (sind hier noch Vorkehrungen zu treffen, z. B. die Sache muß noch erst vindicirt werden, so gehört dies freilich zu dem Theil der diligentia, welcher außerhalb der custodia liegt) in der Zwischenzeit

1) Ueber §. 3. I. de emt. s. unten §. 98.

aber sie als ein guter Hausvater gegen alle äußere Nachtheile und Beschädigungen schütze. Dahin gehört z. B. auch, daß er die usucapio der noch in fremdem Besitz befindlichen Sache unterbreche, daß er die Servituten gebrauche, damit sie nicht durch Nichtgebrauch verloren gehen, daß er die stipulatio damni infecti bestelle, daß er sich die Sache nicht stehlen lasse, daß er den Wein nicht verderben, den krank gewordenen Sklaven heilen lasse u. s. w. u. s. w., alles dieses sind Aeußerungen der custodia, bei welcher er wie der Commodatar Fleiß anzuwenden hat. Also, heißt es in L. 3., muß er, so gut wie der Commodatar, höheren Fleiß als im Eignen anwenden, woraus denn von selbst folgt, daß er überhaupt et dolum et culpam et diligentiam, d. h. das Aeußerste der Imputation in jedem Betracht zu prästiren habe.

In L. 36. wird dieser Grundsatz auf den schon erwähnten Theil der custodia, die Bestellung der stipulatio damni infecti angewandt, und dabei noch ausdrücklich gesagt, es sei dieselbe pars custodiae diligentiaeque d. h. der custodia oder was hier dasselbe sagen will, der diligentia: gerade weil diese vom Verkäufer überhaupt vor der Tradition prästirt werden mußten, mußte auch die stipulatio interponirt werden.

In der L. 18. wird bei Gelegenheit der Untersuchung, ob der Käufer, so lange ihm das Haus noch nicht tradirt worden, sich auch für in der Zwischenzeit vorgefallene Schäden stipuliren könne, und eben so in der folgenden L. 38. pr. der Satz aufgestellt, der Verkäufer müsse während der ihm obliegenden *custodia* die Bestellung der stipulatio d. i. besorgen, weil er überhaupt *culpa* prästiren müsse, eine Unterlassung dieses Theils der custodia aber immer culpa sein würde, da der Verkäufer *omnis culpa*, oder was dasselbe sagt, *omnis diligentia* zu leisten habe; nur also, wenn es an aller Zurechnung fehle — (cum omnis culpa a venditore aberit), folglich, da es dem Verkäufer nie an der Möglichkeit

fehlen könnte, sich auf diese Weise zu sichern, allein dann, wenn von ihm gar keine custodia mehr zu fordern wäre, z. B. er zog aus, und ließ den Käufer vorläufig precario einziehen, und so die custodia selbst übernehmen, bleibt er ohne Verantwortung.

In L. 13. §. 16. ist von Accessionen die Rede, und es heißt da, es sei auch hier (wie bei der Hauptprästation) dolus et culpa zu leisten. Daß in diesem Verhältniß aber überhaupt diligentia s. str. zur culpa gehöre, wird nicht erwähnt, sondern als bekannt vorausgesetzt. Was hier vorausgesetzt wird, ist in L. 68. pr., die wir schon oben näher kennen gelernt haben, ausgesprochen: es ist hier ganz einerlei, ob ich sage: der Verkäufer muß nicht bloß bona fides, sondern auch diligentia prästiren, oder ob ich sage: er muß nicht allein dolus, sondern auch culpa prästiren. Beide Ausdrücke, so wie auch, wenn statt diligentia, custodia substituirt würde (wo nämlich von diesem Theil der diligentia, wie das bei der Eintreibung des Miethzinses freilich nicht der Fall ist, überhaupt die Rede sein kann) können sich hin und her einander erklären und ergänzen, wie das in der That in den bisherigen Gesetzstellen immer geschehen ist.

§. 80.

Aus der Durchsicht der Gesetzstellen ergibt sich also mit größter Klarheit:

1) daß der Römer annahm, das Aeußerste, was man verlangen könne, sei, was ein bonus, diligens, prudens paterfamilias, ein homo frugi sobrie rem suam administrans aufzubieten pflege, um seine Leistung zu erfüllen und Unglück zu verhüten;

2) daß diese Ausdrücke mit den Worten: diligentia oder custodia schlechthin, auch diligentia omnis, culpa omnis, auf eins und dasselbe hinweisen, nämlich darauf, daß

alles verlangt werden müsse, was irgend noch zugerechnet werden könne;

3) daß dies Alles, mithin das Aeußerste der Leistung, im Gegensatz von diligentia quam suis etc. stehe, es muß „diligentia exactior, quam in suis rebus adhibet", prästirt werden;

4) daß culpa außer dolus, auch diligentia begreife, wo sie nicht auf d. q. s. beschränkt ist;

5) daß der Verkäufer nichts mehr und nichts weniger als der Commodatar an culpa zu prästiren habe.

Diese Resultate wird, glaube ich, keiner verkennen können, der noch einer historischen Ueberzeugung fähig ist, und es bedarf kaum noch einer Vergleichung mit der am Ende vorgelegten L. 31. D. de aedilit. Edict. In der That ist aber auch der Schluß von dem dort beurtheilten Verhältnisse und der Verbindlichkeit des Käufers in demselben auf die Verpflichtung des Verkäufers, im Ganzen allerdings zulässig. Auf redhibitio konnte man so gut mit der Klage aus dem Kaufcontract, als aus dem Aedilitischen Edict antragen: schon darum kann man sicher sein, daß in Hinsicht der culpa hier im Wesentlichen nichts besonderes war, sondern solche nach der Natur dieses iudicii beurtheilt wurde. Sodann war das Verhältniß des Käufers zum Verkäufer bei der Rückgabe im Ganzen gerade so, wie das des Verkäufers bei der ersten Uebergabe. Nun wird aber hier wiederum in §. 9. erst alles auf dolus et culpa gestellt, weiterhin in §. 11. ist wieder im Allgemeinen, und ebenso nachmals in §. 14. von culpa die Rede, in §. 12. aber wird diese culpa so bestimmt, daß darunter culpa omnis, nimmermehr („non utique") culpa lata (auch nicht, die, wenn man auf die Wurzel sieht, gleiche negligentia rebus suis non consueta) zu verstehen sei, und hafte der Käufer, wie und auf welche Weise er auch immer, sei es durch Thun oder Lassen, zu dem Tode Veranlassung gegeben. Schon das völlige Gleichstellen des Thuns (si medicum malum culpa

sua adhibuit) und des Nichtthuns (si non adhibuit) zeigt, daß hier das Extrem der Zurechnung, culpa levissima, auf alle Weise gemeint sein müsse. Nun endlich wissen wir, was es sagen will, wenn es in §. 3. m. I. de emtione heißt, quidquid sine dolo et culpa 1) venditoris accidit, in eo venditor securus est, nämlich, sobald der Verkäufer ohne alle Schuld ist, also ein reiner Zufall seine Leistung hinderte, und nur dann kann er nicht zur Verantwortung gezogen werden.

1) *Negativ allgemein wird die Prästation des Verkäufers auch bestimmt in L. 13. §. 22. D. d. act. e. v. „si modo sine culpa venditoris mortem obierit“ (servus distractus).

Zehntes Capitel.

Von der Verantwortlichkeit wegen einer entwandten Sache, und der desfalls dem Verantwortlichen zustehenden actio furti.

§. 81.

Es ist in neuerer Zeit darüber lebhaft gestritten worden, ob derjenige, welcher custodia zu prästiren habe, unbedingt für das furtum einstehen müsse, oder ob sich dies nur auf den Fall beschränke, da er in culpa war.

Nicht als ob ich glaubte, daß diese Sache noch nicht als entschieden anzusehen sei, oder die Beantwortung der Streitfrage im Allgemeinen sonderlich schwierig sein könnte, sondern nur weil die Bestimmung des Einzelnen hier noch nicht vollständig geschehen ist, und nebenbei auf manchen interessanten Punkt führt, wollen wir diese Untersuchung noch einmal von vorne anfangen. Man kann hier aber keinen sichern Schritt thun, wenn man nicht mit einer Uebersicht derjenigen Personen, welche die actio furti anstellen können, und der Gründe, weshalb sie ihnen zusteht, anfängt. Diese daher so kurz, als es, ohne der Sache etwas zu vergeben, möglich ist, hier mitzutheilen, wird zuvörderst mein Geschäft sein 1).

Der erste Grundsatz ist hier: cuius interfuit non subripi, in actionem furti habebit 2). Wer aber ein Interesse habe, das ist zuvörderst nach dem Eigenthum zu

1) *Vergl. H. L. Z. S. 728.

2) L. 10. 11. L. 12. §. 2. L. 14. D. de furtis.

beurtheilen. Dies zeigt gleich L. 14. §. 17. D. de furtis. In dem Falle dieses Fragments kommt am Ende Alles auf das Interesse an, dennoch „primum quaerendum est, cuius sit epistola.“ Also die erste Frage war hier doch immer: cuius res sit, oder cuius in bonis res sit? 1) Im Ganzen scheint ein Interesse für den Eigenthümer darin zu liegen, wenn ihm seine Sache aus seiner Gewahrsam oder von seinem Grund und Boden entrissen worden. Es kann ihm nicht gleichgültig sein, ob dergleichen durch diese Pönalklage gerügt werde oder nicht.

L. 82. §. 1. D. eod. Paulus lib. 2. Sententiarum.

Frugibus ex fundo subreptis, tam colonus quam dominus furti agere possit, quia utriusque interest rem persequi 2).

L. 80. pr. D. eod. Papinianus lib. 12. Quaestionum.

Si vendidero neque tradidero servum, et is sine culpa mea subripiatur, magis est, ut mihi furti competat actio; et mea videtur interesse, *quia dominium apud me fuit, vel quoniam ad praestandas actiones teneor.*

Das letzte kann doch nur eine Folge des Interesse und der ihm deshalb zustehenden Klage sein. Dadurch löst sich der Widerspruch zwischen L. 50. init. D. eod. und L. 27. in f. pr. eod. Das Interesse des dominus läßt sich öfter gar nicht

---

1) L. 12. §. 2. D. eod.

2) *Die condictio blieb natürlich dem dominus, so lange die Früchte nicht eingeerntet waren, und konnte dieser zur Bestellung derselben vom colonus genöthigt werden. L. 60. §. 5. locati. Vergl. L. 12. §. 5. D. de usufructu. — — Si fur decerpserit — fructus maturos *pendentes; cui condictione teneatur?* (dies war die Aufgabe) domino fundi, an fructuario et putat — magis proprietario condictionem competere; fructuario autem furti actionem, quoniam interfuit eius fructus non esse ablatos. Dies wird nur beiläufig gesagt, so daß darüber, ob der dominus diese nicht auch habe, nicht damit entschieden ist. Dann wird die eigentliche Aufgabe und ihre Auflösung weiter fortgesponnen.

pecuniär bestimmen, man muß also dann auf die aestimatio corporis sehen; mit dieser haben aber die andern, welche lediglich ihres besondern Interesses wegen die actio furti haben, nichts zu thun. Der Eigenthümer braucht sich bloß auf sein allgemeines Interesse, sein Eigenthum zu berufen, es sei denn, daß ihn ein besonderes ausschließt, und das Doppelte und Vierfache des Werthes der Sache ist es in der Regel, was er wenigstens in Anspruch nehmen kann. Dies scheint der Sinn einer, jene beiden von demselben Verfasser (Ulpian) herrührenden Fragmente vermittelnden Stelle zu sein, nämlich der

L. 80. §. 1. D. eod. Papinianus lib. 12. Quaestionum.

Cum autem iure dominii defertur furti actio, quamvis non alias, nisi nostra intersit, competat, tamen ad aestimationem corporis, si nihil amplius intersit, utilitas mea referenda est. — Idque et in statu liberis et in legato sub conditione relicto probatur. — Alioquin diversum probantibus statui facile quantitas non potest. Quia itaque *tunc* sola utilitas aestimationem facit, cum cessante dominio furti actio nascitur, in *istis causis* ad aestimationem corporis furti actio referri non potest.

Daher denn konnte die actio furti noch fortdauern, wenn auch schon durch die mit Erfolg angestellte condictio oder vindicatio alles Interesse für diesen Fall aufgehört hatte 1). Daher ferner konnte der Eigenthümer, wenn über den Dieb wieder ein anderer Dieb kam, gegen beide klagen, quia ex diversis factis tenentur 2); daher endlich ging dem dominus die Klage noch immer nicht verloren, wenn er gleich nach dem Diebstahl die Sache derelinquirte, den Sklaven manumittirte, oder die Sache auf irgend eine Weise selbst besaß 3).

1) L. 54. §. 3. D. de furt.

2) L. 76. §. 1. D. eod.

3) L. 46. pr. D. eod.

Ja es gab Fälle, die wir nachher kennen lernen wollen, in welchen der dominus wegen seines augenblicklichen Interesse durch persönliche Ansprüche an Andere vollkommen gedeckt war, und ihm doch diese Klage zustand; nur mußte er freilich, wenn er jene Ansprüche geltend machen wollte, die Klage cediren, und auf ähnliche Art kommt sogar in L. 52. §. 8. de furt. 1) ein Fall vor, in welchem der dominus klagte, aber das Gewonnene einem Dritten herausgeben mußte.

§. 82.

Freilich ist aber der dominus nicht der einzige, welchem die actio furti zukommt, sondern auch Andern steht sie zu, weil sie ein Interesse haben. Allgemeine Regeln sind hier:

A. Es muß eine honesta causa vorhanden sein, denn nemo de improbitate sua consequitur actionem 2); B. das Interesse des Nichteigenthümers muß in einem eigentlichen damnum, nicht in dem Verlust eines bevorstehenden lucri begründet sein 3). Sodann theilen sich diese Fälle in zwei Hauptzweige:

I. der Andere hat die actio furti neben und zugleich mit dem dominus. Dahin gehören:

1) Der *creditor pignoratitius*, und zwar selbst dann, wenn der debitor solvendo ist, nämlich weil er doch noch insolvent werden kann, oder doch, weil er im Fall böswilliger mora besser an der Sache, als an einer bloßen Klage hat. Von ihnen heißt es: utriusque interest, das will sagen, sie haben beide, jeder für sich, ein

---

1) Si sulphurariae sunt in agro, et inde aliquis terram egessisset abstulissetque, dominus furti aget; deinde colonus conducti actione consequetur, ut id ipsum sibi praestaretur.

2) L. 12. §. 1. D. de furtis. L. 14. §. 3. 4. eod.

3) L. 71. in f. D. eod.

selbstständiges Interesse 1). Selbst gegen den dominus geht die Klage, wenn er das pignus stahl 2), was z. B. beim Commodat nicht so der Fall ist, selbst wenn der Commodatar dem Commodanten die aestimatio geleistet hatte 3).

2) Der bonae fidei possessor 4).

3) Der usufructuarius und usuarius 5).

II. Mit Ausschließung des dominus. Dies kann nur dann eintreten, wenn das oben entwickelte Interesse desselben ganz wegfällt. Es wird demnach erfordert

A. daß nicht etwa der dominus die Sache in seinem Gewahrsam habe, an der der Andere etwas verliert.

B. Daß der Andere eigentlich die in seinem Gewahrsam befindliche Sache verliert, indem er dafür herkommen muß 6).

C. Daß dieser Andere nicht insolvent sei 7).

Aus A. folgt nun

1) Die Entscheidung des in L. 82. §. 1. D. de furtis enthaltenen Falles, wovon so eben die Rede war.

2) Daß der venditor immer ante traditionem die actio furti habe, nicht der emtor, ohne Unterschied, ob jener in culpa war oder nicht, obgleich im letzteren Falle eigentlich der emtor es ist, welcher die Sache verliert. Dies beweist die oben 8) vorgekommene L. 80. pr. eod. auf's Deutlichste.

---

1) L. 12. §. 2. L. 14. §. 5 — 7. L. 15. pr. §. 2. L. 46. §. 4. L. 53. §. ult. L. 59. L. 87. D. de furtis.

2) L. 12. §. 2. cit.

3) L. 21. pr. D. commod.

4) L. 12. §. 1. D. de furtis. L. 52. §. 10. L. 71. §. 1. eod.

5) L. 46. §. 1. 3. D. eod.

6) L. 14. §. 10. 16. D. eod.

7) L. 12. pr. eod.

8) S. oben S. 304.

Außer dieser sind hier aber noch folgende Fragmente zu erwägen:

L. 14. pr. D. eod. Ulpianus lib. 29. ad Sabinum.

Eum qui emit, si non tradita est ei res, furti actionem non habere, sed adhuc venditoris essè hanc actionem, Celsus scripsit. Mandare eum plane oportebit emptori furti actionem et condictionem et vindicationem; et si quid ex his actionibus fuerit consecutus, id praestare eum emptori oportebit, quae sententia vera est, et ita et Iulianus. Et sane periculum rei ad emptorem pertinet, dummodo custodiam venditor ante traditionem praestet.

L. 35. §. 4. D. de contrah. emt. Siehe oben Seite 293.

L. 21. D. de hereditate vel actione vendita. Paulus lib. 16. Quaestionum.

Venditor ex hereditate, interposita stipulatione, rem hereditariam persecutus, alii vendidit; quaeritur, quid ex stipulatione praestare debeat, nam bis utique non committitur stipulatio, ut et rem et pretium debeat. Et quidem si, posteaquam rem vendidit heres, intercessit stipulatio, credimus pretium in stipulationem venisse; quodsi antecessit stipulatio, deinde rem nactus est, tunc rem debebit. Si ergo hominem vendiderit et is decesserit, an pretium eiusdem debeat? non enim deberet Stichi promissor, si eum vendidisset, mortuo eo, si nulla mora praecessisset 1): sed ubi hereditatem vendidi et postea rem ex ea vendidi, potest videri, ut negotium eius agam tamquam hereditatis 2). Sed hoc in re

1) Fl. *processisset*.

2) So, glaube ich, muß gelesen werden statt quam hereditatis, indem es leicht möglich war, daß der Abschreiber, der eben *agam* schrieb, gedankenlos *tam* überschlug — Nor. 1482. Ven. 1484. u. Paris. 1548: ut *tam ipsius* negotium agam quam etc. So auch de Tortis 1494. und 1498.

singulari non potest credi; nam si eundem hominem tibi vendidero, et necdum tradito eo alii quoque vendidero, pretiumque accepero, mortuo eo videamus, ne nihil tibi debeam ex empto, quoniam moram in tradendo non feci: pretium enim hominis venditi non ex re, sed propter negotiationem percipitur, et sic fit, quasi alii non vendidissem, tibi enim rem debebam, non actionem. At cum hereditas venit, tacite hoc agi videtur, ut si quid tamquam heres feci, id praestem emptori, quasi illius negotium agam, quemadmodum fundi venditor fructus praestat 1) bonae fidei ratione, quamvis si neglexisset ut alienum, nihil ei imputari 2) possit, nisi si culpa eius argueretur. Quid si rem, quam vendidi, alio possidente, pretii et litis aestimationem accepi, utrum pretium illi debeo an rem? utique rem; non enim actionem 3) ei, sed rem praestare debeo. Et si 4) vi deiectus, vel propter furti actionem duplum abstulero, nihil hoc ad emptorem pertinebit; nam si 5) *sine*

Die übrigen Lesarten scheinen schlechte Conjecturen zu sein, z. B. Senneton. und Paris. 1528. *ipsius negotium potius*. Cod. ms. Regiom.: ut negotium eius agam *potius* quam; eben so Cod. ms. Hafn. — Lugd. 1575. ut *ipsius* negotium (*potius*) agam, quam. Baudoza wie Senneton.

1) Flor. praest*et*.

2) Flor. imputar*e*.

3) Flor. action*es*.

4) Die Lesart der Florentina: Et si vi ist der andern: Sed si vi unstreitig vorzuziehen, denn der Fall ist dem Vorhergehenden gerade darin gleich, daß zunächst res zu prästiren ist, wenn sich nicht etwa der Käufer mit der Klage begnügen will.

5) Hier ist wieder mit der Florentina: nam si, nicht: nam *et*si zu lesen, da hier gerade ein abweichender Fall folgt. Es ist hier am Ende nicht mehr von einer aus der universitas, sondern von: Quid si rem an, von einer für sich als specielle Sache verkauften Sache die Rede. Uebrigens weichen ab: Nor. 1482. *sed si et vi — — nam etsi — — — possidere* venditor, so Ven. 1484. (nur noch nihil *hic* ad empt.) Paris. 1528. *Sed*

culpa desiit detinere venditor, actiones suas praestare debebit, non rem, et sic aestimationem quoque, nam et aream tradere debet exusto aedificio.

Der vollständige Inhalt der letzten Gesetzstelle ist folgender. Es wird in Frage gestellt, wie der venditor hereditatis, der eine einzelne Erbschaftssache an einen Dritten verkauft hatte, hafte: der Verkauf der Erbschaft war interposita stipulatione geschehen. Es wird unterschieden:

a) Der Verkauf der einzelnen Sache war vor der Stipulation geschehen, dann soll er das pretium herausgeben:

b) nach der Stipulation, so muß er die Sache schaffen.

Wenn in diesem zweiten Falle nun aber die Sache ante moram zu Grunde ging, wie ist es mit dem pretium? denn die Sache ist er dann nicht schuldig. Hier wird alles darnach beurtheilt, ob ein negotium emtoris oder gewissermaaßen der Erbschaft hier geführt worden oder nicht. Bei einer res singularis d. h. hier, die nicht als Erbschaftsstück, sondern für sich verkauft ist, sagt Paulus, (von den Worten: „sed hoc in re" fängt der Einwurf an) träte dies freilich nie ein: werde diese vor der Tradition zum zweiten Male verkauft, und gehe sie ante moram zu Grunde, so könne kein Kaufpreis herauszugeben sein, „nam non ex re, sed propter negotiationem percipitur", d. h. der Verkäufer hatte es durch neuen Umsatz gewonnen, der mit dem ersten Handel und dem Verhältniß zum ersten Käufer nichts zu thun hat; aber bei einer Erbschaft sei das ganz anders („at cum hereditas venit" etc.), da hier

---

si vi: — — *etsi* — — *possidere*. Paris. 1548. 8. *Sed si aut* vi — desiit *desinere*. Senneton. *Sed si aut* vi — — *possidere* de Tortis 1494. und 1498: sed si vi — nam et si. Lugd.: *sed* si *aut* vi — nam si. Baudoza eben so, nur nam *et* si. Wie die Flor. liest Cod. ms. Regiom.; nur aber *possidere* statt detinere. Ebenfalls mit der Flor. stimmt überein Cod. ms. Hafn., nur *existi*mationem statt aestimationem und so auch *possidere*.

immer die Absicht verstanden werde, der Verkäufer solle alles, was er *tanquam heres* thue, prästiren. Dies sei vielmehr mit dem Fall zu vergleichen, da ein venditor fundi Früchte gezogen, selbst wenn er sie nicht zu ziehen nöthig hatte, denn dies Nichtziehen kann ihm, da er in der Regel in alieno nicht zu nützen braucht, nur in so weit zugerechnet werden, als er in culpa war. Dieser letztere Fall zerfällt nämlich wieder in drei andere.

a) Er zog nicht so viel Früchte, wie ein ordentlicher Wirthschafter (diligens bonus paterfamilias), es zeigte sich also eine culpa; dann war er aus einer Schuld, die der obligatio ex vendito entgegen war, nicht indem er ein fremdes, sondern indem er sein eignes Geschäft als verpflichteter Verkäufer schlecht geführt, verantwortlich.

b) Er hatte als solcher Früchte gezogen, so war er gesichert, selbst wenn ihm etwa gezeigt werden konnte, er hätte durch ein außerordentliches Raffinement mehr ziehen können.

c) Er hatte ein solches außerordentliches Raffinement mit Erfolg wirklich angewandt, so muß er auch wegen des dadurch Gewonnenen, gewissermaaßen als negotiorum gestor, haften, obgleich ex empto, denn gerade die bona fides des Contracts brachte es mit sich, daß er hier nur für den Andern, nicht für sich konnte gehandelt haben wollen.

Wie wenn aber, fährt er fort, jemand eine einzelne Sache verkauft, die ein Andrer besitzt, und sie als sein Eigenthum einklagt, aber eine litis aestimatio annimmt, ist er hier nicht auch als ein fremdes Geschäft führend zu betrachten, und muß er nicht diese litis aestimatio herausgeben, wenn es der Käufer verlangt? Mit nichten, bloß die Sache ist er hier schuldig, und diese immer, denn er hatte hier auch, ehe er klagte, nicht die Klage, sondern die Sache zu prästiren. So auch, wenn ein venditor vi deiectus, oder ein Verkäufer, dem die Sache entwandt wurde, das duplum einklagte, so kann dem Käufer dies nicht zu Statten kommen. Denn dies, daß er

nämlich eine solche Pönalklage anstellt, tritt gewöhnlich nur ein, wenn er den Vorwurf einer Nachlässigkeit im Bewahren, einer culpa, nicht von sich ablehnen konnte; war er dagegen ohne Schuld, so hat er nur seine Klagen (im Fall des Diebstahls die rei vindicatio, die condictio furtiva, die actio furti) zu cediren, und freilich, wenn er hier eine derselben anstellte, so muß er auch die aestimatio (diese wurde, wie wir gesehen haben, bei der actio furti gerade verdoppelt) herausgeben; und dies eben wie man den leeren Platz übergeben muß, wenn das verkaufte Gebäude abgebrannt ist. Dies ist der Sinn der L. 21., nun fragt sich nur, wie ist sie mit L. 35. §. 4. und L. 14. pr. zu vereinigen. Die erstere sagt nämlich nur, daß der Verkäufer, wenn er ohne Schuld ist, die vindicatio rei und die condictio cediren solle; die actio furti wird nicht genannt. Allein theils kann man unter condictio die persönliche Klage im Gegensatz der vindicatio verstehen 1), so daß sowohl die actio furti als die condictio furtiva damit gemeint sein konnten; theils folgt auf allen Fall nicht, daß nicht auch die erstere zu cediren und also dem Cedirenden zuständig sei; darüber kann denn auch nach L. 14. pr. kein Zweifel sein. Hier wird denn aber nicht bloß behauptet, daß der Verkäufer immer die actio furti habe; sondern auch ohne Unterschied, gegen die L. 21., wie es scheint, angenommen, daß er die Klagen cediren und das Gewonnene herausgeben müsse. Allein in der That muß dieser so allgemein aufgestellte Satz nach der Natur der Sache und L. 21. so modificirt werden. War der Verkäufer in Schuld, so hatte er ja eigentlich die Sache zu prästiren, und der Käufer durfte sich mit Cession der Klagen nicht abfinden lassen; zog er dieses Letztere aber dennoch vor, so erforderte schon die bona fides, daß der Verkäufer sich dessen nicht weigere.

Wählte er aber das Erstere, wie das meistens der Fall

1) *L. 25. init. D. de O. et A. (Ulp.).

sein wird, so konnte er nun nicht mehr Cession verlangen. War dagegen der Verkäufer ohne Schuld, so war gar nichts mehr zu prästiren als die Klage. Nach Unterschied dieser Fälle richtete sich nun auch die Entscheidung der Frage: wenn der Verkäufer die actio furti anstellte, und das duplum erhielt, oder wenn er die Vindication anstellte, und litis aestimatio erhielt, muß er das Erhaltene herausgeben, oder kann er damit abkommen, daß er rem prästirt, d. h. die Sache selbst, oder das Interesse des Käufers? War er schuld, so wird er nach L. 21. so angesehen, als habe er für sich selbst, wenn nicht, als habe er für den Käufer gehandelt: dort muß er herausgeben, hier nicht. Da nun, wie wir unten sehen werden, bei jedem, der custodia zu prästiren hat, präsumirt wird, daß er beim Diebstahl in culpa sei, so sollte man denken, daß hier meistens das Gewonnene nicht herauszugeben sein werde, und so möchte L. 14. pr. mit L. 21. f. schwerlich zu vereinigen sein. Allein die Präsumtion mußte hier, da der Verkäufer sich auf seine eigene culpa berief, umgekehrt sein, oder vielmehr es wurde ihm dies nur alsdann geglaubt, wenn er inzwischen vom Käufer selbst wegen culpa in Anspruch genommen, und dieser nicht etwa von ihm selbst mit Erfolg zurück gewiesen war.

Jetzt noch ein paar Worte über den Satz in L. 14. pr. „et sane periculum rei ad emptorem pertinet, dummodo custodiam venditor ante traditionem praestet.“ Mich dünkt, es ist klar, daß Ulpian hier gerade zwischen periculum casus und periculum custodiae unterscheidet: periculum in jenem Sinne müsse, wie sich von selbst verstehe, der Käufer tragen, aber custodia müsse der Verkäufer vor der Tradition prästiren; und daß er wegen unterlassener custodia in Anspruch genommen werde, das ist es gerade, was er mit Rücksicht auf den Diebstahl zu befahren hat. Löhr 1) schlägt zwar vor, custodia hier in dem unbestimmteren generellen Sinne des gemeinen

1) Beiträge S. 194.

Lebens zu nehmen, aber, da es hier gerade darauf ankam, die Leistung und die Fälle, da der Verkäufer, und die, da der Käufer die Gefahr insbesondere in Hinsicht des Erfolgs der actio furti trage, zu bestimmen, so wird wohl dieser Vorschlag so wenig als der andere, daß man vor praestet ein *non* einschieben möge, auf die Dauer Beifall finden.

Also der Verkäufer hat gegen den Dritten, der die noch in seiner Gewahrsam befindliche Sache stahl, immer die actio furti, gegen den Käufer selbst hat er sie freilich nur dann, wenn dieser vor Zahlung des pretii die Sache entwandte, denn nach dieser ist diese Handlung gar kein furtum, sondern nur als Eigenmacht widerrechtlich, es sei denn, daß der Verkäufer aus irgend einem andern Grunde ein Retentionsrecht hatte, denn dann ist die Sache wieder loco pignoris 1).

Eben so folgt aus A.:

3) Daß der, welcher ex stipulatu eine Sache zu fordern hat, auf keinen Fall die actio furti anstellen kann, so wie überall keiner, der bloß eine persönliche Klage auf Herausgabe gegen den Eigenthümer hat. Dies persönliche Recht geht hier immer nur auf Prästation der Sache oder der Klagen, das Interesse mag sich auch im Allgemeinen noch so sehr zur actio furti qualificiren 2).

§. 83.

Ferner folgt aus B.:

Daß nur derjenige detinens, nachdem er durch den Diebstahl aufgehört hat, zu detiniren, die actio furti haben kann, der wegen seiner culpa bei dem Diebstahl in Anspruch zu nehmen ist; nur den seltenen Fall ausgenommen, daß durch Gesetz oder Vertrag festgesetzt worden,

---

1) L. 14. §. 1. D. de furtis. vergl. L. 15. §. 2. eod.

2) L. 13. L. 66. §. ult. L. 80. §. 2 L. 85. D. eod.

er solle auch für den bloß zufällig geschehenen Diebstahl haften, was z. B., wie wir oben (§. 78.) gesehen haben, bei dem exercitor navis etc. der Fall ist. Dies drücken die Gesetze bald so aus: actionem furti habet, qui culpam praestat, bald so: a. f. h. cuius periculo res est, bald a. f. h. qui custodiam praestare debet. Der letzte Ausdruck ist ganz fest und erschöpfend, und bestimmt den ersteren dahin näher, daß darunter culpa omnis, den zweiten dahin, daß darunter, wie durchgängig in dieser Materie, periculum culpae et custodiae zu verstehen sei. So heißt es in L. 14. §. 12. D. de furtis vom conductor, er habe die actio furti, si modo culpa eius subrepta sit res, zugleich zum sichern Beweise, daß man nicht immer culpa bei ihm annahm, vom precario possidens in derselben Lex §. 11. daß er diese Klage post Interdictum redditum habe, weil er dann auch culpa prästire; vom Commodatar in §. 15. eod., daß er sie auch in Hinsicht der res agnata habe, „quia et huius custodia ad eum pertinet"; in §. 16. überhaupt, alle haben die actio furti, quorum periculo res alienae sunt u. s. w. Die meisten Personen, welche die actio furti haben, sind in der L. 14. cit. aufgeführt, und unter ihnen auch der creditor wegen seiner praestatio culpae, womit man denn nur nicht seine Befugniß dazu aus seinem selbstständigen Recht, von dem oben unter I. 1) die Rede war, verwechseln darf; darüber das Nähere unten. Auch ist nicht der Mandatar, von dem eine species in §. 9. erwähnt wird, zu übersehen, er soll sie nur nicht haben, wenn er dolo handelte, so wenig als nach §. 8. der Commodatar. Außer den dort Genannten hat sie aber auch noch der socius, qui pecus aestimatum accepit 1), und zwar quia custodiam

1) L. 52. §. 3. D. pro socio.

praestare debet, und der, qui rem inspiciendam sui causa accepit 1). Der Grund aber, weswegen hier culpa omnis und custodia erfordert wird, ist leicht einzusehen; wenn man nur den gleich Anfangs unter A. erwähnten Grundsatz, daß eine honesta causa vorhanden sein müsse, hierher zieht, und bedenkt, daß selbst die negligentia quam suis nicht ohne dolus ist. Wer bloß diese beschränkte culpa zu prästiren hat, den kann zwar ein Andrer schon allein aus dem Grunde, weil er culpa, sei es auch, daß sie an sich levis war, handelte, in Anspruch nehmen, und er muß sich mit dem Beweise reinigen, daß ein Fall der Beschränkung eintrete; will er aber selbst den Dieb in Anspruch nehmen, so muß er sich natürlich auf negligentia non suis rebus consueta gleich berufen, denn nur, wenn er schlechterdings haftet, hat er die actio furti, daß er aber hafte, ist hier am Ende nur dann entschieden, wann eine solche Nachlässigkeit vorhanden ist, da er sich ja sonst noch verantworten könnte. Er müßte also seine eigene Schuld bekennen, um die actio furti für sich zu begründen. Dies aber muß um so viel mehr vom eigentlichen dolus und der culpa lata in abstracto gelten. Also folgt: von denen, die sonst wegen culpa die actio furti anstellen können, hat sie doch keiner, wenn er in dolo war 2), in der Regel hat sie nicht der Depositar 3) oder der precario possidens ante

---

1) Und zwar er mag nun seinetwegen allein oder auch mit des Käufers wegen die Besichtigung übernommen haben. Vergl. L. 78. D. de furtis mit L. 10. §. 1. D. commod. in der ersteren wird gerade das *periculum* genannt, was in der letzteren *custodia* genannt wird.

2) L. 14. §. 8. 9. D. de furt.

3) L. 14. §. 3. 4. eod. L. 2. §. 23. 24. D. vi bonor. rapt. Das letztere Fragment sagt sogar, wenn man das Paragraphenzeichen stehen läßt, wo es in den gewöhnlichen Editionen steht, daß der Depositar auch dann

Interdictum redditum 1), da sie beide nur für dolus haften, aber auch eben so wenig der tutor und der

---

nicht die actio furti habe, wenn er praestatio culpae ausdrücklich versprochen oder etwas dafür bezahlt erhalten habe. Ulpian hatte nämlich in §. 22. gesagt: „In hac actione non utique spectamus rem in bonis actoris esse, sive in bonis sit, sive non sit, si tamen ex bonis sit, locum haec actio habebit", zum Beleg werden dann das Commodat, die Miethe, das Pfand, das Depositum aufgerechnet, und allgemein angegeben, es werde nichts weiter erfordert als: ut intersit mea eam non rapi, und dann folgt in §. 23.: „Et generaliter dicendum, ex quibus causis furti mihi actio competit in re clam facta, ex iisdem causis habere me hanc actionem". Dann heißt es weiter: „Dicet aliquis: atqui ob rem depositam furti actionem non habemus. Sed ideo addidi: si intersit nostra non esse raptam, nam et furti actionem habeo". §. 24. „Si in re deposita culpam quoque repromisi, vel pretium depositionis non quasi mercedem accepi, utilius dicendum est, *etsi cesset actio furti* ob rem depositam, esse tamen vi bonorum raptorum actionem". Liest man auf diese Weise, so muß jener Satz herauskommen, der dann aber freilich unbegreiflich wäre, und in §. 23. schleppten am Ende die Worte: nam et furti actionem habeo sinnlos hinten nach. Man muß aber das Paragraphenzeichen versetzen, und so lesen: „Sed ideo addidi: si intersit nostra non esse raptam: nam et furti actionem habeo, si in re deposita culpam quoque repromisi, vel pretium depositionis non quasi mercedem accepi. §. 24. Utilius dicendum est" etc. da denn ein ganz vollständiger und vernünftiger Sinn herauskommt, der sich durch die folgenden Worte noch mehr rechtfertigt: „quia non minima differentia est inter eum, qui clam fecit, et eum, qui rapit, cum ille celet suum delictum, hic publicet, et crimen etiam publicum admittat. Si quis igitur interesse sua *vel modice* docebit, debet habere vi bonorum raptorum actionem. Hatte der Depositar praestatio culpae angelobt, oder hatte er Nutzen vom Depositum, so war sein Interesse nicht besonders gering, sondern eben so groß, wie aller übrigen, die für die Sache herkommen mußten. Aber, wenn auch dies nicht war, und er kann z. B. zeigen, daß er dem deponens einen vorzüglichen Dienst durch die Aufbewahrung erwiesen, und ihm daran gelegen ist, diesen sich zu verbinden, so ist dies schon hinreichend, ihm die actio vi bonor. rapt. zuzugestehen, nicht aber so die actio furti, denn diese erfordert, wie wir unter B. gesehen haben, ein bestimmbares damnum emergens.

socius, obgleich sie mehr als culpa lata präſtiren, und das gewiß lediglich aus dem Grunde, weil sie bloß für diligentia quam suis etc. herkommen 2). Aus einem ganz verſchiedenen Grunde aber haben auch der negotiorum gestor, der protutor und der tutor, welcher

---

Daher denn auch die erſte Klage immer das Vierfache des wahren Werths, nicht das Intereſſe zum Gegenſtande hatte. Die Bedingung, daß der Vortheil nicht in einer merces beſtanden haben müſſe („non quasi mercedem") rührt daher, weil ſonſt das Geſchäft in einen andern Contract überginge, von dem zwar daſſelbe gilt, aber hier nicht die Rede war. — Daß die von mir angewandte Interpunction ſchon früher gefunden worden, habe ich von D. Gothofred in not. ad h. l. gelernt. Cuiacius ad Inst. eod. verb. per vim behauptet ſie als unzweifelhaft, vermuthlich ſchon aus Gründen des Wortſinns, jedoch ohne ſie anzuführen. Sie aus ſachlichen Gründen zu vertheidigen, war dort nicht der Ort.

1) L. 14. §. 11. D. eod., verglichen mit L. 8. §. 3. D. de precario

2) L. 85. D. de furtis. Paulus lib. 2. Manualium. Is, cuius interest non subripi, furti actionem habet, si et rem tenuit domini voluntate, ut est is, (ſo Hal. Flor. id est, veluti is, Andere: veluti is, ohne id est) cui res locata est. Is autem, quia sua voluntate vel etiam pro tutore negotia gerit, item tutor vel curator, ob rem *sua culpa* subreptam non habet furti actionem. Item is, cui ex stipulatu vel ex testamento servus debetur, quamvis intersit eius, non habet furti actionem, sed nec is, qui fideiussit pro colono. L. 53. §. 3. D. eod.: Paulus lib. 39. ad Edictum. Qui alienis negotiis gerendis se obtulit, actionem furti non habet, licet culpa eius res perierit, sed actione negotiorum gestorum ita damnandus est, si dominus actione ei cedat. Eadem sunt in eo, qui pro tutore negotia gerit; vel in eo tutore, qui diligentiam praestare debeat, veluti qui ex pluribus tutoribus testamento datis, oblata satisdatione, solus administrationem suscepit. Wegen des socius ſ. L. 52. §. 3. pro socio oben. — Die Worte: suá culpa vor subreptam in L. 85. ſtehen in Cod. Ms. Paris. 1529. f., Senneton, — de Tortis 1494., Lugd. 1575., Andr. Bocard. Paris. 1510. Lugd. 1604., Baudoza, de Tortis 1491. u. 1507; fehlen Rom. 1476., Nor. 1483., Paris. 1548. 8., Cod. ms. Regiom. et Hafn.

ausnahmsweise *diligentiæ* präſtirt, die actio furti nicht; nämlich der Grund iſt, weil ſie ſich zugedrängt haben.

In allen dieſen Fällen alſo, in welchen der detinens die Klage nicht hatte, ſtand ſie dem dominus zu, und kehrte auch in den übrigen, nach dem unter C. geſagten, zu demſelben zurück, wenn jener nicht bezahlen konnte, weil dadurch ſein Intereſſe wieder aufgeweckt worden. Aber auch endlich hatte der dominus immer wieder die Klage, wenn die Sache aus der Erbſchaft des detinens geſtohlen war, denn hier war ja gar keine culpa denkbar, und der Erbe konnte ſie auf keinen Fall haben, da in Beziehung auf ihn und die Erbſchaft gar kein wahres furtum angenommen wurde 1).

§. 84.

Aus dem Bisherigen geht nun aber ſchon klar genug hervor, daß die Römer hier zwiſchen Diebſtahl, welcher mit culpa des Detentors geſchah, und ſolchem, bei dem gar keine Zurechnung Statt fand, unterſchieden. Löhr bekanntlich hat dem widerſprochen, und ſeinen Widerſpruch zuletzt noch in den Beiträgen ſehr ausführlich vertheidigt. Allein irre ich nicht ſehr, ſo war er gar nicht recht orientirt in dieſer Materie, und hat die ihm entgegenſtehenden Gründe und Einwendungen nur mit Kunſt umgangen. Er hat ſich hier nach meiner Ueberzeugung vornämlich folgende Fehler zu Schulden kommen laſſen:

1) iſt es ſchon ein durch das Ganze fortlaufender Hauptfehler, daß er die Beantwortung der Frage, ob ein ſolcher detinens unbedingt und ohne Ausnahme wegen eines Diebſtahls hafte, von einer juriſtiſchen Unterſuchung abhängig macht, und ſie auf Geſetze als Quellen der Entſcheidung begründen will, da doch, nach ſeinen eigenen Prämiſſen, der ganze Gegenſtand bloß factiſch iſt.

1) L. 14. §. 14. D. de furtis.

Er geht selbst davon aus, daß das Römische Recht in solchen Fällen die actio furti lediglich auf Verantwortlichkeit wegen culpa gründe, und daß diese die einzige sei, die hier Statt finde; er weiß sehr wohl, daß der Fleiß eines diligens paterfamilias das Höchste sei, was man verlangen kann, er wird also auch kein Bedenken haben, zuzugeben, daß in Hinsicht des Diebstahls nichts Ungewöhnliches, keine solche Anstalten verlangt werden können, durch die man freilich allen Diebstahl vielleicht unmöglich machen kann, die aber ein rechtschaffener Hausvater in eigenen Angelegenheiten schon darum nicht auf die Dauer anwenden wird, weil die Kosten oder der Zeitaufwand ihn ruiniren würden. Nun aber reducirt sich doch in der That die ganze Frage darauf, ob solche Anstalten und ein außerordentlicher Grad von Anstrengung und Aufmerksamkeit, den man etwa nur für einen Ort, oder doch für kurze Frist aushalten kann, erfordert wird, um für alle Fälle den Diebstahl abzuwenden, oder ob ohne Ausnahme das einem fleißigen Hausvater Gewöhnliche hinreicht, und sogar ob es nicht Fälle gibt, wo, wenn man es auch noch so streng mit der Sorgfalt nimmt, doch nicht schlechterdings alle Imputation wegfällt, weil, wenn auch der Gefahr, sobald man sie erkannt hatte, auszuweichen war, doch aber unter den gegebenen Umständen es eben unmöglich war, sie gewahr zu werden, wenigstens ohne Wahrsagergeist unmöglich war. Dies ist nun aber rein factisch, und ein Gesetz kann zwar vorschreiben, daß hier immer culpa angenommen werden solle, sie möge vorhanden sein oder nicht (das hat wenigstens nirgends ein Römer aufgestellt), aber nimmermehr, daß hier immer culpa vorhanden sein solle; das kann es so wenig vorschreiben, als daß eine leichte Schuld eine grobe, oder eine absichtliche eine unabsichtliche sein solle, und gesetzt, die Römer hätten wirklich sich eingebildet, es müsse hier immer eine

omissio diligentiae diligentis patrisfamilias wirklich existiren, sonst sei kein furtum möglich, so bliebe das immer historisch sehr merkwürdig, und würde dem praktischen Blick und der Ansicht so erfahrner Juristen, wie die Römischen ICti waren, keine übergroße Ehre machen; aber ich glaube auch, kein Richter würde an diesen bloß factischen Irrthum gebunden sein, ungeachtet ihn Justinian in seine Compilation mit aufgenommen hätte. Daß es aber ein rechtschaffener Irrthum gewesen wäre, davon, denke ich, wird Löhr jetzt selbst schon längst überzeugt sein; wenn aber nicht, so wird er unter Hunderten kaum Einen finden, der ihm beipflichtet 1). Indessen kann es doch, um diese Sache

1) Die Auctoritäten, welche er für sich anführt, ließen sich noch wohl vermehren, wenn es darauf nur ankäme: so äußert auch *Duarenus* ad L. 5. §. 3. D. de in lit. iur. ein furtum könne von jedem, der nur ein vir sagacissimus et diligentissimus sei, immer abgewandt werden; er führt dies als Beispiel einer culpa levissima an, und gibt nur zu, daß es aufs Engste an den casus gränze. Aber Löhr hat die Auctorität mehrerer deutschen Statuten, ja, um gleich den rechten Gesichtspunkt anzugeben, er hat die Auctorität zweier ganzer Völker, des Römischen und des Deutschen, gegen sich. Von dem ersteren ist es im Text bewiesen worden, von dem zweiten geben das beste und klarste Zeugniß die in der Endnote zu §. 57. aus den alten Statuten aller Gegenden Deutschlands (aus dem Süden, wie aus dem tiefen Norden) ausgezogenen Stellen. Hier ist nur noch nachzutragen der in der oben erwähnten Note citirte Coder des Schwabenspiegels Cap. 252. und gib ich eynem man eyn gut zekauffen, und gibt er seyn leykaff (arrha) daran, und das gut beleybet in meiner gewalt, und wirdt es mir verstolen, der schade ist sein, und mein nicht, hab ich sein gehütet, als ich von recht solt. — *In der L. Baiuvar., die über die culpa überhaupt manches Sonderbare enthält, Tit. 14. c. 4. wird die eigne Auskunft getroffen: der, dem eine fremde Sache auf irgend eine Weise anvertraut worden, der Commendatar, erhält eine Frist, binnen welcher er die gestohlne Sache schaffen muß, schafft er sie nicht, so muß er die Hälfte des Werths bezahlen, es sei denn daß ihm der *dominus* erweise, er habe die Sache unterschlagen. Die Verfolgung ist also Sache des Commendatars, und so erhält er auch den Vortheil, nämlich die compositio, analog dem römischen Recht. Vgl. ibid. c. 1. 2. 3.

von allen Seiten zu beleuchten, nicht ſchaden, die Gründe zu muſtern, derentwegen er eine ſolche Meinung bei den Römern vermuthet hat 1).

§. 85.

2) Daß er die Befugniß des creditor pignoratitius, die actio furti vermöge ſeines ſelbſtſtändigen Rechts anzuſtellen, mit der ihm ſeiner custodia wegen zuſtehenden Befugniß dazu, verwechſelt: Beiträge S. 167. Es ſoll nach Löhr's Meinung hier eine Ausnahme von dem Satze gelten, daß der Eigenthümer durch den Detentor, welcher custodiam präſtirt, ausgeſchloſſen werde, und da wird denn L. 12. §. 2. D. de furtis, wo doch offenbar von der erſteren Befugniß, und Theophilus ad §. 13. I. 4, 1. angeführt, wo doch eben ſo offenbar von der letztern Befugniß die Rede iſt. Außer jenem Unterſchiede zwiſchen denſelben iſt aber auch z. B. noch der, daß das Intereſſe aus dem dinglichen Recht auch noch dann fortdauert, wenn er ſein Pfand weiter verpfändete, nicht ſo das Intereſſe wegen custodia, wenn nicht etwa der neue Creditor inſolvent oder erweislich ohne Schuld iſt, denn iſt das beides nicht, ſo wird er von dieſem ausgeſchloſſen. Die Worte in L. 12. §. 2. D. de furtis: „et sic ſit, ut non teneatur furti et agat“ ſollen nach Löhr 2) darauf aufmerkſam machen,

1) Vergl. Löhr a. a. O. S. 169. 180.

2) S. 167. not. 1. Ja S. 182. not. 1. ſcheint er dies freilich ſchon zurückzunehmen, indem er äußert, jene Note ſei nach L. 14. §. 6. D. de furtis zu berichtigen, wie dies aber zu verſtehen ſei, kann ich nicht errathen, er ſelbſt meint ja, dieſe Stelle ſpreche von etwas ganz beſonderm, nämlich vom servus, der in der Regel nicht cuſtodirt zu werden brauche, und bei dem alſo eine eigene, den beſondern Fall angehende, culpa eintreten müſſe. Soll ſich denn nun das ut non teneatur furti auf den Creditor und die ganz eigne culpa beim servus subreptus beziehen? Davon iſt doch auch keine Spur in L. 12. §. 2. cit.

„daß es doch einen Fall gebe" (nämlich den, wenn der dominus die Sache verpfändet hat, indem sie hier beide die Klage anstellen können) „wo jemand" (nämlich hier der dominus) „wegen des furtum nicht gehalten ist, und doch die actio furti anstellen kann." Das wäre denn wirklich eine seltene Bemerkung: so oft, denke ich, der dominus, der bonae fidei possessor etc. die actio furti haben, steht sie ihnen zu, ohne daß ein Gehaltensein, eine Verantwortlichkeit, oder ein Verbindlichsein ihr Recht dazu vermitteln dürfte. Ueber den wahren Sinn dieser Worte, und den Zusammenhang der ganzen Sache s. unten §. 91.

§. 86.

3) Daß er die vage Bedeutung von periculum so sehr verkennt, daß er aus dem Gebrauch dieses Wortes hier etwas für seine Meinung ableiten will. S. 174. no. 3., sagt er: „Der Ausdruck res periculo meo subripitur kann keine andere Bedeutung haben, als: wenn die Sache gestohlen wird, so ist dies mein Schade. Dies folgt schon aus der Bedeutung von periculum und wird, vieler andern nicht zu gedenken, durch die zuletzt im Texte und in der vorletzten Note zum zweiten angeführten Stelle bewiesen."

Die beiden Stellen handeln vom caupo etc. und da freilich muß wohl periculum auf unbedingtes Haften für den Diebstahl gehen, weil hier eben die Gefahr darin bestand, nur daß auch noch das damnum iniuria datum mit dazu gerechnet wurde, welches doch in der Regel als casus behandelt wird. Nun, bitte ich, vergleiche man, was ich oben über die Bedeutung von periculum gesagt habe, und ich zweifle nicht, jeder wird einsehen können, daß wir durch Löhr's Erörterung gerade auf den Punkt zurückgestellt werden, wovon wir ausgingen, denn es fragt sich immer noch, wie weit geht denn außer

dem Fall des caupo etc. die Gefahr in Hinsicht des Diebstahls? Custodiam praestare, periculum praestare, sind allerdings in unserm Falle gleich, aber es fragt sich ja eben, war das periculum custodiae unbedingt oder nicht? Wir könnten hier zu unserm Vortheil gleich eine Vergleichung mit der Verbindlichkeit des caupo etc. anstellen, aber aus dieser hat Löhr einen besondern Grund gemacht, und so mag es uns erlaubt sein, daraus einen besondern Irrthum zu machen. Nämlich

4) er nimmt die similitudo, von der in L. 14. §. ult. D. de furtis 1) die Rede, für Gleichheit 2). Allerdings hat der caupo etc. die actio furti, weil die Gefahr ihn trifft, allerdings hat der, welcher custodiam epistolae oder rei ganz allgemein prästirt, die Klage deswegen, weil die Gefahr ihn trifft; aber wo steht denn, daß sie sich in Hinsicht der Gefahr völlig gleich stehen, oder daß die Gefahr den letztern durchaus allemal trifft? in L. 14. §. ult. wenigstens sicher nicht. Und ich dächte doch, gerade diese Vergleichung mit der Verantwortlichkeit des caupo etc. müßte nothwendig auf andere Gedanken bringen. Man lese nur:

L. 3. §. 1. D. nautae caupones. Ulpianus lib. 14. ad Edictum. — — —

Miratur igitur (Pomponius), cur honoraria actio sit inducta, cum sint civiles? nisi forte (inquit) ideo, ut innotesceret Praetor curam agere reprimendae improbitatis hoc genus hominum, et quia in locato conducto

---

1) Ulpianus lib. 29. ad Sabinum — — Et ideo quaeri potest, an etiam is, cui data est perferenda (epistola), furti agere possit. Et si custodia eius ad eum pertineat, potest. — — — Et erit in hunc casum *similis* causa eius et cauponis aut magistri navis. Nam his damus furti actionem, si sint solvendo, quoniam periculum rerum ad eos pertinet.

2) Beiträge S. 174.

culpa, in deposito dolus duntaxat praestatur, at hoc edicto *omnimodo* qui recepit tenetur, *etiamsi sine culpa eius res periit*, vel damnum datum, nisi si quid damno fatali contingit. — —

Hier ist es ja mit dürren Worten gesagt, daß der Unterschied der actio de recepto von den oft concurrirenden Contractsklagen darin liege, daß jene sowohl wegen Diebstahl, als wegen damnum iniuria unbedingt (omnimodo) und auch außer dem Fall der *culpa* angestellt werden könne, indem diese es nicht können. Der Ausdruck: res periit, geht hier, wie so sehr häufig 1), offenbar speciell auf Diebstahl. Kommen daher die Worte: custodia et periculum bei beiden Arten der Verantwortlichkeit, die sich so durch ihren Umfang unterscheiden, vor, so folgt nur, daß auch diese Ausdrücke bald einen größern, bald einen geringern Umfang der Verantwortlichkeit und der Gefahr bezeichnen können, weiter aber auch nichts.

5) Daß er behauptet (Beitr. S. 184.), die Ausdrücke perdere, amittere in L. 5. und 8. C. de pignorat. act. 2) könnten eben so gut vom Einbruche und Raube verstanden werden, und dadurch dem aus diesen Gesetzstellen hergenommenen Einwande zu entgehen sucht. Abgesehen davon, daß so oft gerade speciell vom Diebstahl das Wort perdere

---

1) Um unter so vielen nur einige anzuführen: L. un. §. 3. D. furti adversus nautas L. 14. §. 1. D. de periculo r. v. L. 14. §. 10. L. 53. §. 3. D. de furtis.

2) L. 5. Si creditor sine vitio suo argentum pignori datum *perdiderit*, restituere id non cogitur, sed si culpae reus deprehenditur, vel non probat manifestis rationibus se perdidisse, quanti debitoris interest condemnari debet. L. 8. Si nulla culpa seu segnitia creditori imputari potest, pignorum *amissorum* dispendium ad periculum eius minime pertinet. Sane si simulata amissione etiamnum eadem pignora (ut adseveras) a parte diversa possidentur, adversus eum experiri potest.

gebraucht wird 1), und zugegeben, was wohl keinen Zweifel leidet, daß, wer beraubt wird, so gut die Sache verliere, als wenn er wäre bestohlen worden; so frage ich doch: wird wohl der, welcher genau zeigen will, was zu beweisen sei, um von Ansprüchen sich zu befreien, wie das wenigstens in L. 5. die Absicht war, oder auch nur, was eigentlich zur Verantwortlichkeit gehöre, wie in L. 8., sich mit dem Ausdruck begnügen, es müsse sich zeigen, daß die Sache verloren sei, wenn doch zur Anspruchlosigkeit in specie gehörte, daß sie geraubt worden? denn dann genügt es ja eben nicht, damit Anspruchlosigkeit eintrete, daß die Sache simplehin verloren worden, sie muß gerade auf die specielle Art, durch Raub verloren sein. Eine solche Unbestimmtheit läßt sich nicht voraussetzen, wo es auf Bestimmen allein ankam 2).

§. 87.

6) Daß er S. 188. die frappante Behauptung aufstellt: „Nach der Meinung von Gajus, Ulpian und der Institutionen haftet der Venditor für keine custodia."

Er meint hier nämlich, wie auch richtig, wenn man nicht etwa den Ausdruck für keine custodia critisiren will, das Wort custodia im eigentlichen engern Sinn, und versteht darunter culpa omnis in custodiendo, zum Unterschied von diligentia quam suis etc. in custodiendo, oder was nach seiner Terminologie fast dasselbe sagt: culpa lata in custodiendo. Dadurch denkt er sich den wichtigen Stellen, welche vom venditor handeln, und so offenbar zwischen Fällen der Schuld und Schuldlosigkeit unterscheiden, zu entwinden. Andere Juristen,

1) *Außer dem Titel de furtis z. B. auch in L. 25. §. ult. D. locat.

2) Wegen der L. 14. §. 12. D. de furtis, und des dort vorkommenden Ausdrucks: subrepta sit res, den er S. 181. 182. auf ähnliche Art aus dem Wege räumt. S. Heidelb. Jahrb. f. Jurisprudenz. Jahrg. I. H. 3. S. 289.

meint er, nämlich Paulus und Neratius, hätten hierüber ganz anders gedacht, und auch vom venditor custodia und also auch jeglichen Diebstahl präſtiren laſſen.

Gleich anfangs muß es auffallen, daß L. 31. pr. D. de act. emt. vend. 1) beweiſen ſoll, Neratius laſſe unbedingt den Diebſtahl („jeden durch Diebſtahl entſtandenen Schaden") präſtiren. „Der Venditor", heißt es in der auf dieſe Stelle folgenden Erklärung, „ſoll alſo nur *deswegen* nicht gehalten ſein, quia custodia adversus vim parum proficit": er iſt alſo in allen Fällen gehalten, wo durch custodia der Schaden hätte abgewandt werden können. „Wo *Gewalt* geſchehen iſt, da ſoll die Verpflichtung zur custodia nicht verantwortlich machen, weil die höchſte Sorgfalt im Bewahren *gegen Gewalt* nichts auszurichten pflegt": das, und weiter nichts ſteht im Geſetz. Folgt nun aber hieraus, daß es *nie Diebſtahlsfälle* gibt, in welchen nach vernünftiger Vorſtellung custodia, freilich aus andern Gründen, nichts ausrichten kann? Wo ſteht denn in der Lex, daß die Unmöglichkeit, gegen Gewalt etwas auszurichten, *überhaupt die einzige* Entſchuldigung ſei, die einem *jemals* bei Verpflichtung zur custodia frei machen kann von Verantwortung? und darüber iſt der Streit, ob die Römer bei custodia gar keine Entſchuldigung im Falle des Diebſtahls zuließen, und alſo hier, ob Neratius es that. Unmöglich kann das aus dem Vorigen als erwieſen vorausgeſetzt und hier in das Fragment a priori hineingetragen werden, um aus dieſem zu beweiſen, daß es hinein zu tragen, und in Neratius Vorſtellung vorauszuſetzen ſei. Dies iſt in

1) Neratius lib. 3. Membranarum. Si ea res, quam ex empto praestare debebam, vi mihi adempta fuerit, quamvis eam custodire debuerim, tamen propius est, ut nihil amplius, quam actiones persequendae eius praestari a me emptori oporteat, quia custodia adversus vim parum proficit. Actiones autem eas non solum arbitrio, sed etiam periculo tuo tibi praestare debebo, ut omne lucrum ac dispendium te sequatur.

der That einer der ärgſten Kreiſe, in dem ſich jemals ein verſtändiger Mann herumgetrieben hat. — In der Note zu S. 107. wird ſogar L. 21. D. de heredit. v. act. vend. 1) als unterſtützend angeführt, aber nur ein paar dürftige Zeilen werden herausgeriſſen. Ob der Verfaſſer ſich wohl dieſes Fragment vorher im Zuſammenhange klar zu machen geſucht hat? und ob es ihm bei ſeinen Prämiſſen wohl gelungen wäre, wenn nicht gerade dadurch, daß er ſie aufgegeben?

Im übrigen beruht dieſe irrige Behauptung wieder auf mehrern andern Irrthümern, von denen einige nahmhaft zu machen ſind.

a) Daß er S. 182. u. a. m. O. als etwas Beſonderes beim Sklaven behauptet, daß die Verbindlichkeit zur custodia nicht Statt finde, wodurch denn das wichtige Argument gegen ſeine Meinung aus L. 14. §. 6. D. de furtis 2) auf die Seite geſchafft wird, indem er daraus folgert, daß nun wegen eines servus subreptus ſo gut als wegen eines fugitivus eine beſonders geeignete culpa vorhanden ſein müſſe, damit man deshalb in Anſpruch genommen werden könne. Erſtens iſt es nicht einmal richtig, daß der servus subreptus und der servus qui fugit hier einander völlig gleichſtehen. Es iſt viel leichter, Vorkehrungen zu treffen, daß ein Sklave nicht geſtohlen werde, als daß er nicht weglaufe, und kann daher auch eher verlangt werden. Der in andern Beziehungen richtige 3), S. 182. not. 1. m. angeführte Satz, ein fliehender Sklave ſei nichts weiter, als ein Sklave der ſich ſelbſt ſtehle, dürfte hier, wo von Zurechnung die Frage iſt, nicht an ſeiner rechten Stelle ſein, da es dabei auf factiſche Gründe ankommt. Die Geſetzſtellen aber, woraus er eigentlich

1) S. oben §. 82.

2) S. unten §. 91. m.

3) L. 60. D. de furt. vergl. L. 7. §. 7. de dolo.

seinen Hauptsatz ableitet, sprechen bloß vom entflohenen Sklaven. Doch davon abgesehen, so fehlt es überall und in keinem Betracht nicht an der Verbindlichkeit, den Sklaven unter custodia zu halten, nur fehlt es, wenn man auf die Gefahr der Flucht sieht, an dem Bedürfniß der custodia. Die Verwechselung rührt daher, weil, wie wir oben gesehen haben, einmal die Verbindlichkeit zum Schutze custodia heißt und dann auch der Schutz selbst custodia heißt; jenes ist der juristische, dies der vulgäre Sinn. Löhr sagt selbst einmal bei einer andern Gelegenheit 1): „Diese Stelle spricht von einem Falle, wo keine custodia zu prästiren war, oder wenigstens, wo diese Verbindlichkeit nicht in Frage kam"; er ahnete also doch einen Unterschied zwischen dem Mangel an der Verbindlichkeit selbst, und den Fällen, da sie nur nicht in Frage kommt: dies letztere kann aber nur einen factischen Grund haben. Und so ist es gerade hier. Der Commodatar, der Conductor ꝛc., der einen fremden Sklaven detinirt, der Verkäufer, bei dem sich der verkaufte Sklave befindet, sind allerdings zur custodia verpflichtet, aber nur so weit sie nöthig ist d. h. so weit von einem vernünftigen Manne, der seine Sachen zu bewahren versteht, zu erwarten und zu verlangen ist, daß er durch Sorgfalt Uebel abwende 2). Aller Schutz gegen nachtheilige Zufälle, und nachtheilige Handlungen eines Dritten,

1) A. a. O. S. 189. in der Note.

2) *Eben so wie diese Untersuchung: war custodia überall nöthig? eine rein faktische ist, ist es die umgekehrte: war custodia immer zureichend? Ein Fall, da diese letztere aus recht natürlichen Gründen zu bejahen ist, findet sich in L. 13. §. 6. locati: si fullo vestimenta polienda acceperit, eaque mures roserint, ex locato tenetur, quia debuit ab hac re cavere. Nur ein höchst seltener Fall könnte hier etwa eine faktische Ausnahme machen; nämlich immer vorausgesetzt, daß von einem fullo die Rede ist. In ähnlicher Art muß auch wohl L. 19. §. 1. D. locati ausgelegt werden.

auch des Sklaven selbst, stehet unter dieser obligatio ad custodiendum; auch der Fall der L. 31. §. 11. 12. D. de Aedilit. Edict., wo Löhr meint, es könne von gar keiner custodia die Rede sein. Gerade das concrete Beispiel gehört nach dem, was wir oben über den Begriff von custodia gesagt haben, zur custodia. Wer seinem Sklaven, wenn er verwundet ist, Pflaster auflegen läßt, bewahrt ihn dadurch vor den üblen Folgen eines äußern Zufalls; heißt das nicht custodire so gut, als wenn ich ein Haus durch interpellatio gegen Ersitzung, oder gegen ein damnum infectum durch stipulatio schütze? Thut der Käufer dies bei dem Sklaven, den er redhibiren will, nicht, und der Sklave stirbt, so ist pflichtwidrig unterlassene custodia nächste Ursache seines Todes. Mit der Flucht des Sklaven verhält es sich freilich in factischer Hinsicht anders. Es würde eine alberne Aengstlichkeit verrathen haben, wenn ein Römer alle seine Sklaven, auch die unverdächtigen (integrae opinionis), unter beständige Aufsicht eines Vogts hätte stellen wollen, damit sie nicht entfliehen könnten, wie man etwa eine Viehherde beständig von Hund und Hirten bewahren läßt: hätte dies unter den Römischen patresfamilias gewöhnlich werden können, so würde damit der Gebrauch der Sklaven sehr erschwert worden sein. Nun soll man aber bei fremden Sachen so wenig unvernünftig sein, als bei eignen. Sobald nun aber dagegen bei dem Sklaven ein Verdachtsgrund eintrat, so trat nun auch gleich die Verpflichtung zur custodia ein, die in Ermangelung desselben nur aus factischen Gründen nicht hatte angewandt werden können 1). In so fern äußert sie sich also hier auch immer

1) Es verhält sich hiermit nicht um ein Haar anders, als nach L. 9 §. 3. in f. de iure dot. von der bald die Rede sein wird, mit den Paraphernen, die der Sorge des Mannes nicht anvertraut wurden; und den horreis effractis

thätig, als es Pflicht ist, auf jeden vernünftigen Verdachtsgrund bei dem fremden Sklaven gleich zu merken, und bei dieser fortwährenden Aufmerksamkeit, die nur nicht Argwohn oder Aengstlichkeit sein darf, muß auch der Verkäufer, der Commodatar u. s. w. omnem diligentiam d. h. den äußersten Fleiß (hier im Bewahren — custodiam) anwenden 1). Dies ist auch nicht einmal etwas ganz Besonderes beim Sklaven, obgleich es freilich bei diesem vorzüglich merkwürdig war, es kann auch bei andern Dingen vorkommen, die aus factischen Gründen nicht unter besondere Obhut gestellt zu werden pflegen, z. B. jemand verkauft einen Hund, der kein Kettenhund ist, er soll ihn aber erst nach einiger Zeit tradiren: läuft hier der Hund weg, so ist er in der Regel frei. Allerdings kann man nun aber auch wohl so gut bei diesem Hunde, als bei einem jeden Sklaven behaupten, daß, wenn die Umstände einigermaaßen darnach sind, die praesumtio culpae beim Diebstahl, von der bald die Rede sein wird, aber doch nur, wenn beide außerhalb des Hauses gestohlen worden, wegfalle; aber das hat gar seinen Grund nicht in Mangel an Verbindlichkeit zur custodia, sondern es liegt an der innern factischen Wahrscheinlichkeit, daß hier keine Verbindlichkeit vorhanden gewesen. Die Präsumtion tritt aber

---

et compilatis in Hinsicht des Vermiethers derselben, nach L. 55. pr. locati, in welche Stelle man sich auch nicht zu finden gewußt hat, die aber ebenfalls durch diese Unterscheidung ihr volles Licht erhält. Wie sollte das nicht verschieden sein, zu nichts gehalten sein, weil einem gar keine Aufsicht zukommt oder anvertraut worden, und bei anvertrauter Aufsicht nicht zum höchsten Fleiß im Bewahren verbunden sein? Beim geliehenen ꝛc. fremden Sklaven tritt dieses umgekehrt im Ganzen als Regel, jenes partiell, nämlich mit Rücksicht auf die Möglichkeit der Flucht, ein.

1) Die Probe ist hier, daß sich in diesem Stück keine Verbindlichkeit zur praestatio doli oder culpae latae denken läßt, ohne daß nicht auch gleich praestatio summae diligentiae eintritt.

auch sogleich wieder ein, sobald nur gesagt wird, daß der Sklave sich verdächtig gemacht, oder die Behütung desselben dem Andern besonders anempfohlen worden, oder er noch so jung war, daß sie sich von selbst anempfahl.

Damit stimmen denn auch die von servis fugitivis handelnden Fragmente vollkommen überein, wenn man nur die beiden verschiedenen Bedeutungen von custodia festhält.

L. 21. D. de R. V. Paulus lib. 21. ad Edictum.

Si a bonae fidei possessore fugerit servus, requiremus, an talis fuerit, ut et custodiri debuerit. Nam si integrae opinionis videbatur, ut non debuerit custodiri, absolvendus est possessor. — — — Si vero custodiendus fuit, etiam ipsius nomine damnari debebit.

L. 36. §. 1. D. eod. Gaius lib. 7. ad Edictum provinciale.

Qui in rem convenitur, etiam culpae nomine convenitur. Culpae autem reus est possessor, qui per insidiosa loca servum misit, si is periit; et qui servum a se petitum in arena esse concessit, et is mortuus sit; sed et qui *fugitivum* a se petitum non custodit, si is fugit 1); et qui navem a se petitam adverso tempore navigatum misit, si ea naufragio perempta est 2).

L. 5. §. 6. D. commodati. Ulpianus lib. 28. ad Edictum.

Sed an etiam hominis commodati custodia praestetur, apud veteres dubitatum est, nam interdum et hominis custodia praestanda est, si vinctus commodatus est, vel eius aetatis est, ut custodia indigeret. Certe si hoc actum

---

1) *Es konnte hier Pflicht sein, den Sklaven zu fesseln, und geschah dies dann, so war es nichts weiter als *diligens* custodia L. 1. §. 4. 7. D. de fugitivis.

2) conf. L. 45. D. eod. Ulpianus lib. 68. ad Edictum. Si homo sit, qui post conventionem restituitur, si quidem a bonae fidei possessore, puto cavendum esse de dolo solo debere, caeteros *etiam de culpa sua*, inter quos erit et bonae fidei possessor *post litem contestatam*.

est, ut custodiam is, qui rogavit, praestet, dicendum erit, praestare.

Die letzte Stelle scheint die falsche Ansicht zu begünstigen, allein schon in §. 5. wird allgemein die Verbindlichkeit des Commodatars, custodia zu prästiren, anerkannt: „Custodiam plane commodatae rei etiam diligentem debet praestare", und von dieser Verbindlichkeit wird nur in §. 6. weiter ausgeführt, daß sie auf den verliehenen Sklaven nur dann Anwendung leide, wenn factische Gründe da sind, ihn zu bewahren. Dabei scheint denn freilich das Wort in einer engern Bedeutung genommen, und in Beziehung auf den Diebstahl, der aber doch nicht genannt ist, ein Stellen unter besondere Obhut damit bezeichnet zu werden, was denn allerdings in der Regel unterbleiben kann, ohne daß die diligens custodia darunter leidet. Allein die Entscheidung: „certe si id actum est" etc. stellt die Sache wieder allgemein: daß man den verliehenen Sklaven so wie es fleißigen Leuten geziemt, bewahre, diligens custodia servi sens. lat. liegt immer im Sinn des Contracts, jene besondere Obhut aber freilich nur eventuell, und soll sie das von Anfang an, so muß es entweder aus ausdrücklichen Aeußerungen oder aus besondern Umständen hervorgehen. Ueber §. 3. I. de vendit. s. unten §. 98.

§. 88.

b) Ein Irrthum ist es auch, wenn Löhr meint, daß es Rechtsgeschäfte gebe, bei welchen diligentia und custodia nicht allein im Begriff als verschiedene species abgesondert, und so unterschieden würden, daß diligentia Beflissenheit außer dem Bewahren einer Sache bedeute, custodia gerade auf dieses Bewahren gehe; sondern sogar bei jeder ein verschiedener Grad der Aufmerksamkeit verlangt werde, oder die eine gar ganz ausgeschlossen bleibe. Dem widerstrebt schon die Natur der Sache, denn was könnte wohl davon der Grund sein, daß, wo einmal strenge

Aufmerksamkeit gefordert wird, bloß eine verschiedene Richtung derselben eine Abweichung von dieser Strenge hervorzubringen vermöchte. Da Löhr im Ganzen ziemlich geläuterte Begriffe von dem Verhältnisse der custodia zur diligentia hat, so konnte man sich dergleichen von ihm am wenigsten versehen. Er macht selbst in mehreren Stellen darauf aufmerksam, daß custodia nichts weiter als ein Theil der diligentia (eine species dieses genus) sei, diligentia in custodiendo sei daher wohl nichts weiter, als eine Umschreibung des Wortes custodia (in der That ist es nichts weiter, dies letzte Wort in einer juristischen Bedeutung genommen,) beide würden daher promiscue gebraucht, und man könne füglich von der einen auf die andere schließen 1).

Fürwahr, um dies noch einmal zu wiederholen, diligentia, schlechthin gesagt, ist nichts anders, als das Aeußerste

---

1) Beiträge S. 99. etc. Ich weiß nicht, wie man neuerdings (s. z. B. *Gensler* l. c. pag. 51. not. 3.) dazu gekommen ist, dem im Text erwähnten Schriftsteller Schuld zu geben, daß er den Begriff von custodia allein auf Schutz gegen Diebstahl habe beschränken wollen; bei manchem mag es freilich von einem gewissen Hange herrühren, neuere Schriften gerade am flüchtigsten zu lesen. Löhr hat zwar an mehreren Stellen gesagt, daß das Recht, die actio furti anzustellen, in den hierher gehörigen Fällen von der Verbindlichkeit zur custodia abhänge und daß diese Verbindlichkeit jenes Recht immer mit sich führe; aber das kann sehr gut mit dem weitesten Begriff von custodia bestehen, denn Schutz gegen Diebstahl ist ein integrirender Theil der custodia, und also die Last, und der Vortheil, welche mit dem Theil verbunden sind, müssen immer vorhanden sein, wo das Ganze vorhanden ist, und umgekehrt. — S. auch die gleich im Text anzuführenden Worte des Löhr: diligentia im Gegensatz von custodia ist folglich der Theil der diligentia, welcher keine Bewahrung bezweckt, woraus noch besonders folgt, daß er, wenn hier überall ein Gegensatz Statt finden sollte, annehmen mußte, daß custodia im Gegensatz der diligentia denjenigen Theil der Beflissenheit bedeute, welcher Bewahrung bezweckt; also überhaupt Bewahrung bezweckende diligentia ist auch nach seiner Meinung custodia.

einer positiven Sorgfalt und Befleißigung, wozu wir erst besonders verpflichtet sind, diese mag auf Schutz gegen äußere Zufälle, die nicht in unserer eigenen Handlung ihre Ursache haben, oder auf etwas anderes gehen; sie umfaßt also die custodia, die gerade auf diesen Schutz allein gerichtet ist. Wo diese, da ist jene, wo jene, da ist diese als Gegenstand der Verpflichtung vorhanden. Wenn daher Löhr S. 162. sagt: die custodia ist ein Theil der diligentia, und hat die Bewahrung der Sache, welche Gegenstand des Geschäfts ist, zu ihrem Gegenstande; „*diligentia* im Gegensatze von *custodia* ist folglich der Theil der *diligentia*, welcher keine Bewahrung bezweckt"; so hat er noch weder gegen Rechtssätze, noch gegen die Logik gefehlt, aber wohl gegen die Zweckmäßigkeit und den Sprachgebrauch der Römer. Denn wenn gleich beide im Begriff so unterschieden werden können, so ist es doch ganz überflüssig, und die Bemerkung hinreichend, daß zur diligentia auch noch außer custodia andere Handlungen gehören; auch wird er keine Stelle nachweisen können, in welcher ein Römischer Jurist das Wort diligentia in dieser engern Bedeutung der custodia entgegengesetzt hat. Sie wußten zu gut, daß man die Bedeutungen der Worte nicht unnöthiger Weise häufen müsse, und setzten sie daher diligentia und custodia einander entgegen, so war es nur als genus und species. Ein die Materie angehender Fehler ist es aber schon, wenn S. 111. not. 1. und S. 115. n. 1. behauptet wird, daß beim Mandat, eben wie beim depositum, keine custodia zu prästiren sei. Schon daß, wie wir oben angeführt haben, in L. 14. §. 9. de furtis ein Mandatsfall vorkommt, welcher die actio furti gibt, hätte ihn bedenklich machen sollen. Aber seine Meinung soll durch L. 9. §. 3. D. de iure dot. bewiesen werden, wo doch nur davon die Rede ist, daß wegen der *παραφερνα* das iudicium depositi oder mandati

alsdann eintrete, wenn dieſe Sachen der Aufſicht des Mannes unterworfen worden, nicht etwa, wie auch wohl geſchehen, der Aufſicht der Frau unterworfen blieben; dies wird ſo ausgedrückt: et plerumque custodiam earum maritus repromittit, nisi mulieri commissae sint. Nur in jenem Fall ſoll die actio depositi oder *mandati* angeſtellt werden können, nicht in dieſem. Warum nicht in dieſem? nicht etwa deswegen, weil depositum und mandatum nicht custodia präſtiren laſſen, anders, als wenn ſie ausdrücklich verſprochen werden, ſondern deswegen, weil, wenn Paraphernen gar nicht der Hand und der Fürſorge des Mannes anvertraut werden, auch weder ein Depoſitum, noch ein Mandat überhaupt vorhanden ſein kann. Löhr unterſcheidet doch ſelbſt zwiſchen einer vulgären und techniſchen Bedeutung des Wortes custodia. Jene, ſo wie ſie hierher gehört, kann man auch ſchon aus der oben (§. 76.) zu dieſem Zweck angeführten L. 1. pr. und §. 12. D. depos. 1) kennen lernen.

Nach dem weitern gemeinen Sprachgebrauch enthält jedes depositum eine Verpflichtung zur custodia, d. h. die Sache in ſeinen Gewahrſam zu nehmen und zu behalten, und es iſt nur noch in dieſem Sinn davon der Auftrag, die Sache ſtatt des Andern und in ſeinem Namen zu bewahren, das *mandatum custodiae* zu unterſcheiden. Dies iſt für ſich beſtehend denkbar, es kann aber auch bei andern Aufträgen beiläufig, entweder, wie in L. 1. §. 12.

1) Ulpianus lib. 30. ad Edictum. Depositum est, quod custodiendum alicui datum est: dictum ex eo, quod ponitur, praepositio enim *de* auget depositum, ut ostendat, totum fidei eius commissum, quod ad *custodiam rei* pertinet. §. 13. Quodsi rem tibi dedi, ut, si Titius rem non recepisset; tu custodires, nec eam receperit, videndum est, utrum depositi tantum, an et mandati actio sit, et Pomponius dubitat; puto tamen, mandati esse actionem; *quia plenius fuit mandatum habens et custodiae legem*..

depos. vermöge ausdrücklicher Verabredung, oder durch eine natürliche Folge vorkommen: ich gebe dem Andern den Auftrag, eine bewegliche Sache für mich zu kaufen; hier wird mir der Andere in der Regel die gekaufte Sache zu bringen haben, in der Zwischenzeit aber detinirt er sie, und muß sie bewahren.

Mit dem Mandat verhält es sich hier bis auf einen gewissen Punkt eben so, wie mit dem servus, bei beiden findet häufig keine custodia Anwendung, weil sie keinen Gegenstand hat, wo dieser aber eintritt, da tritt auch die Verpflichtung zur custodia in vollem Maaße ein: in keinem Punkte aber ist hier das Mandat und die negotiorum gestio verschieden, es wäre unbegreiflich, wenn sie es wären. Es ist daher auch ganz irrig, wenn Löhr S. 116. 117. meint, der Ausdruck omnis diligentia solle besonders anzeigen, daß bei diesem oder jenem Geschäft nicht etwa bloß diligentia außer custodia, sondern auch diese letztere prästirt werde. Dieser Ausdruck geht vielmehr immer auf den Grad der Leistung, und sagt der Sache nach dasselbe, was in L. 2. de peric. r. v. plena custodia sagt, aller, voller Fleiß, summa, exactissima diligentia, soll geleistet werden, nicht etwa bloß der Fleiß, den man in eigenen Angelegenheiten anwendet. Er begreift also zwar die custodia mit, aber nur weil sie allemal zu dem genus gehört, und wo plena diligentia überhaupt prästirt wird, auch in specie plena custodia prästirt werden muß.

Nach Löhr hätten wir eigentlich dreierlei Abtheilungen: 1) in zwei Gattungen: culpa in faciendo und non faciendo; 2) die culpa in non faciendo zerfällt wieder in diligentia und custodia; 3) hätten wir zwei Grade, und diese Grade könnten dann sowohl in den verschiedenen Abtheilungsgliedern unter no. 2. als unter no. 1. verschieden sein, und das System wäre, ohne daß man davon einen vernünftigen Grund ersinnen könnte, nur verwickelter

geworden. Wäre das jedoch erweislich, so könnte man auch sicher noch auf einen besondern Begriff des Wortes culpa mehr rechnen; denn dieses umfaßte dann bald diligentia diligentis etc. allgemein, bald diligentia quam suis allgemein, bald endlich diligentia diligentis bei der diligentia, die nicht custodia ist, aber zugleich nur diligentia quam suis etc. bei der custodia, das letztere, z. B. nach Löhr's Meinung, beim Mandat, und nach Ulpian's und Tribunian's von ihm vorgegebener Meinung beim Kauf. Man sollte allein schon der noch bunteren Terminologie wegen wünschen, daß die Sache anders wäre.

§. 89.

Endlich

c) ist es auch noch ein Irrthum, wenn er glaubt, diligentia boni patrisfamilias heiße in unserer Materie etwas anders, als diligentia diligentis etc. Hinter seinen Beiträgen in den Miscellen no. 1. findet sich darüber eine eigene kleine Erörterung. Ich weiß eigentlich nicht, womit Löhr dieses zu beweisen gedacht hat. Er behauptet, beide Ausdrücke würden niemals gleichbedeutend gebraucht. Dort in der not. 1. zu S. 204. bezieht er sich auf seine Theorie der Culpa S. 166., wo nur dasselbe ohne weiteren Beweis behauptet wird: diligentia quam bonus paterfamilias suis rebus exhibet gehe auf diligentia quam suis etc. diligentia diligentis etc. auf das Aeußerste des Fleißes. In der not. 1. zu S. 203. der Beiträge werden Gesetzstellen angeführt, wo von diligentia quam suis etc. von dem, *quod quivis paterfamilias idoneus* facit und diligentia, quam paterfamilias suis *ex bona fide* praebere debet, die Rede ist. Ich bin auch der Meinung, daß diese Ausdrücke nicht auf diligentia im strengen Sinne gehen, und habe oben (§. 71.) gezeigt, wie und warum sie anders zu verstehen sind. Es käme also nur darauf an, darzuthun,

daß sie mit diligentia, qualem bonus pf. etc. gleichbedeutend sind, denn das läßt sich nicht auf bloße Worte glauben. Ganz am Schluß der Note werden noch L. 32. D. de condition. und L. 22. D. de manumiss. testam. angeführt. In der letztern kommt der Ausdruck vor: „denique quam rationem *bonus paterfamilias* reciperet", d. h. eine solche Rechnung, mit der ein guter Hausvater zufrieden sein würde. Würde man aber den wohl einen guten Hausvater nennen, der, wenn ihm Rechnung abgelegt werden soll, nicht mit möglichster Sorgfalt die Rechnung nachsähe, oder sich eine Rechnung gefallen ließe, die mit minderer Sorgfalt gemacht wäre? Schwerlich möchten also diese Gesetzstellen mit Löhr's Meinung befreundet sein. „Gewissermaaßen", sagt er auch noch in der Mitte der Note, „gehört auch hierher das fr. 35. §. 4. D. 18. 1., wo von demjenigen, welcher keine custodia prästirt, doch talis custodia desideratur, qualem bonus paterfamilias suis rebus adhibet". Mich dünkt, sie gehört recht eigentlich hierher, und beweist vollständig für oder gegen. Da nun aus der oben (§. 79.) angestellten Vergleichung mit andern Stellen sich ergibt, wie sie eigentlich gemeint sei, so könnten wir uns hierbei beruhigen. Doch, hoffe ich, wird es nicht ermüden, wenn wir auch noch den Einwand, welchen Löhr im Text sich selbst macht, und welcher von dem „quasi bonus paterfamilias uti" in §. 58. I. de R. D. und L. 9. §. 2. D. de usufructu hergenommen ist, etwas näher beleuchten. Eine gedrängte Darstellung der praestatio culpae, wie sie die Gesetze beim usufructus erfordern, wird dazu hinreichen. Nach L. 13. §. 2. D. de usufr. 1) muß der usufructuarius nicht bloß das Schädliche unterlassen, sondern auch das Nützliche, Schaden verhütende thun. Beides ist auf gleiche Weise Gegenstand der

1) S. oben §. 34.

cautio usufructuaria. Was das erste betrifft, so muß er nach L. 9. §. 2. D. eod. 1) die Benutzung quasi bonus paterfamilias vornehmen, also z. B. nicht durch verkehrte Einsaat den Boden erschöpfen. Was das zweite betrifft, so muß er nach §. 38. I. de R. D. 2) nachpflanzen, und an die Stelle des abgestorbenen Viehes anderes anschaffen; dies wird unter die allgemeine Regel gebracht: recte colere et quasi bonus paterfamilias uti debet, d. h. er muß sich bei der ganzen Ausübung seines ususfructus wie ein guter fleißiger Hausvater geriren, oder wie L. 1. §. ult. D. usufructuar. quemadm. caveat 3) es ausdrückt:

---

1) Ulpianus lib. 17. ad Sabinum. Sed si lapidicinas habeat et lapidem caedere velit, vel cretifodinas habeat, vel arenas, *omnibus his usurum*, Sabinus ait, *quasi bonum patremfamilias*. Quam sententiam puto veram.

2) Sed si gregis usumfructum quis habeat, in locum demortuorum capitum ex foetu fructuarius submittere debet (ut et Iuliano visum est), et in vinearum demortuarum vel arborum locum alias debet substituere: *recte enim colere et quasi bonus paterfamilias uti debet.*

Theoph. ad v. submittere debet: veluti usumfructum tibi gregis centum ovium concessi; accidit ut oves triginta morerentur, quinquaginta autem nascerentur; oportet te triginta commiscere primigeniis, ut numerus tibi datus conservetur, et sic reliquas oves viginti in dominio habebis. Die Endworte gibt Theophilus so: oportet enim te recte et iusto modo (*κατα τρόπον ἀγαθὸν*) agrum curare, cuius tibi ususfructus concessus est, atque ita versari (*διαγίνεσθαι*) ut paterfamilias optimus versaretur (*ὡς ἂν διεγίνετο κάλλιστος οἰκοδεσπότης*), ich denke zum optimus ptf. gehört doch auch wohl, daß er recht sehr fleißig und aufmerksam sei.

3) Ulpianus lib. 69. ad Edictum. Sed quod diximus, id quod inde extabit restitutum iri, non ipsam rem stipulatur proprietarius, inutiliter enim rem suam stipulari videretur, sed stipulatur restitutum iri quod inde extabit. Interdum autem inerit proprietatis aestimatio, si forte fructuarius, cum possit usucapionem interpellare, neglexit; *omnem enim rei curam suscipit.*

omnem rei curam suscipit. Auf allen Schutz gegen schädliche Einwirkung wird dies in L. 2. D. eod. 1) mit den Worten angewandt: custodiam praestare debet. Sodann wird noch jene allgemeine Regel recht deutlich und durchgreifend in L. 65. pr. D. de usufructu 2) so ausgesprochen: debet omne, quod diligens paterfamilias in sua domo facit, et ipse facere. Endlich wird diese ganze Verbindlichkeit nach L. 1. §. 3. usufruct. quemadmodum caveat 3) mit den Worten zusammengefaßt: „viri boni arbitratu perceptum iri usumfructum", und dies von Ulpian so erklärt: non deteriorem se causam ususfructus facturum, caeteraque facturum, quae in re sua faceret. Die letzten Worte haben Löhr vielleicht verleitet, für die übrigen Fälle außer dem deteriorem facere causam ususfructus eine omissio diligentiae quam suis anzunehmen; aber unter den caetera muß doch auch der Schutz gegen Schaden von außen begriffen sein, und hier wird custodia und omnis cura verlangt. Also war die Verpflichtung hier einfach, und das quae in re sua faceret heißt hier gerade wie in der oben 4) angeführten L. 39. §. 1. ad L.

---

1) Paulus lib. 75. ad Edict. Nam usufructuarius *custodiam* praestare debet.

2) Sed cum fructuarius debeat, quod suo suorumque facto deterius factum sit, reficere, non est absolvendus, licet usumfructum derelinquere paratus sit: *debet enim omne, quod diligens paterfamilias in sua domo facit, et ipse facere.*

3) Ulpianus lib. 79. ad Edictum. Cavere autem debet, viri boni arbitratu perceptum iri usumfructum, hoc est, non deteriorem se causam ususfructus facturum, caeteraque facturum, quae in re sua faceret.

4) Seite 147. — Man gebe mir doch nicht Schuld, daß ich es hier nicht besser mache, als die oben von mir Getadelten, welche den Ausdruck diligentia quam quis suis rebus adhibere solet, bald so, bald anders verstehen: dieser Ausdruck war eine auf praestatio culpae sich beziehende Formel,

Aquil. das quomodo si suum deprehendisset, so viel als: er muß sich so nehmen, wie man von ihm und jedem fleißigen Hauswirth erwarten kann, daß er es im Seinigen machen werde, also er muß in vollem Sinne seine Pflicht thun.

§. 90.

Sind nun aber diese unter a) b) c) aufgestellten Irrthümer weggeräumt, so sieht man leicht, daß die ganze Meinung, man sei über die Frage, ob custodia vom Verkäufer zu leisten oder nicht, uneinig gewesen, und diese Uneinigkeit sei ohne weitere Bemerkung derselben, und ungeachtet die Institutionen beiläufig darin entschieden hätten, in die Pandekten aufgenommen (denn sagt Löhr das gleich nicht, so kann er doch nicht umhin, es gelten zu lassen), auf sehr schwachen Stützen beruht. Jedoch wollen wir auch noch die aus dem Titel de peric. et commod. rei vend. von ihm angeführten Gesetzstellen etwas genauer ins Auge fassen. Es sind folgende:

L. 1. §. 1. D. de tit. Ulpianus lib. 28. ad Sabinum.

Sed et custodiam ad diem mensurae venditor praestare debet. Priusquam enim admetiatur vinum, prope quasi nondum venit; post mensuram factam, venditoris desinit esse periculum, et ante mensuram periculo liberatur, si non ad mensuram vendidit, sed forte amphoras vel singula dolia.

L. 2. D. eod. t. Gaius lib. 2. Cottidianarum rerum.

Custodiam autem ante admetiendi diem, qualem praestare venditorem oporteat, utrum plenam, ut et diligentiam praestet, an vero dolum dumtaxat, videamus. Et puto,

---

welche schlechterdings nicht schwanken durfte, wenn hier nicht alles schwanken sollte; ganz anders ist es mit den Redensarten, welche in L. 1. §. 3. und L. 39. §. 1. citat. vorkommen.

eam diligentiam venditorem exhibere debere, ut fatale damnum, vel vis magna sit excusatum.

L. 3. D. eod. Paulus lib. 5. ad Sabinum.

Custodiam autem venditor talem praestare debet, quam praestant hi, quibus res commodata est, *ut diligentiam praestet exactiorem, quam in suis rebus adhiberet.*

L. 4. §. 1. 2. eod. Ulpianus lib. 28. ad Sabinum.

Si aversione vinum venit, custodia tantum praestanda est, et hoc apparet, si non ita vinum venit, ut degustaretur, neque acorem, neque mucorem venditorem praestare debere, sed omne periculum ad emptorem pertinere. — — §. 2. *Vino autem per aversionem vendito, finis custodiae est avehendi tempus.* — — —

Ich habe nur noch die L. 3. eingeschoben. Sie sollen nach Löhr's Meinung von custodia im vulgären Sinn, die L. 1. §. 2. und L. 4. §. 1. 2. von einem Fall sprechen, der nach ganz eigenen Grundsätzen beurtheilt werden müsse, da bei der emtio ad mensuram deswegen eine höhere Verpflichtung des Verkäufers eintrete, quia prope quasi nondum venit (!). Die Stellen bewiesen also, meint er, für ihn, da gerade dieser höhern Verpflichtung wegen hier custodia bis zum casus, also wahre custodia geleistet werden solle. Wie kam denn aber das unschuldige Fragment von Paulus hier mitten hinein zwischen Meinungen und Aeußerungen, die weder mit seiner von Löhr zugestandenen Meinung im Allgemeinen, noch mit den deutlichsten Worten des Fragments selbst übereinstimmen? Was das über L. 2. Gesagte betrifft, so muß ich hier, damit denn doch nicht weiter den Römern ein unerlaubtes Würfelspiel mit Worten Schuld gegeben werde, noch einmal bemerken: die Römer sprechen, wenn von praestatio culpae die Rede ist, nie von custodia schlechthin, ohne dies Wort im juristischen Sinn, und zwar im engeren, wornach es den vollen Fleiß im Bewahren bedeutet, zu nehmen, oder eine nähere Bestimmung hinzuzufügen; freilich wird in L. 2. 3. D. noch

ausdrücklich bestimmt, daß unter custodia hier die plena zu verstehen, aber das geschieht auch hier in Hinsicht der diligentia, und doch heißt dies, schlechthin gebraucht, ohne Zweifel immer diligentia omnis: wenn auch ein einzelnes Wort alles ausspricht, so wird doch dabei zuweilen noch eine Erläuterung nothwendig befunden, damit man eben wisse, was damit gesagt sei. Was aber die L. 1. §. 1. und die L. 4. §. 1. 2. betrifft, so kann man diese Stellen, so aus dem Zusammenhange herausgerissen, gar nicht verstehen, und es wird erst zum Schluß führen, wenn wir sie in dem durch mehrere Fragmente fortlaufenden Zusammenhang des Titels, worin sie stehen, kennen zu lernen suchen.

Also ist mit L. 1. d. t. 1) anzufangen. Das Fragment hebt mit der Regel an: bei verkauftem Wein trägt der Käufer alles damnum so wie sonst, und zwar nicht bloß überhaupt, sondern auch das periculum acoris et mucoris. Wann der Verkauf den Uebergang des periculi (damni) wirke, wird erst in §. 1. ꝛc. auseinander gesetzt, und in pr. noch erst diese Untersuchung durch die Frage unterbrochen: wie, wenn aber der Verkäufer das periculum acoris et mucoris übernahm? Nachdem diese beantwortet und für den Fall, da keine Zeit oder sonst etwas Näheres bestimmt ist, alles auf die degustatio gestellt worden („videlicet quasi tunc plenissime veneat, cum fuerit degustatum"), kommt Ulpian auf den Fall, da noch gemessen werden soll. Bei erkauftem Wein, fährt er nämlich in §. 1. fort, hat der Käufer auf allen Fall custodia, vorzüglich auch in Hinsicht des Falls in pr., „si vinum sit effusum" etc. zu prästiren, nämlich bis zu der Zeit, da zugemessen wird (ad diem mensurae). Was hier unter custodia zu verstehen sei, damit wird erst in L. 2. §. 1. mit Gaius Worten fortgefahren. Hinter debet muß also durchaus ein Punktum stehen, denn unmöglich kann doch daraus, daß noch kein Kauf vorhanden, geschlossen werden, es sei custodia zu prästiren, nämlich

1) *Vergl. H. L. Z. S. 727.

aus dem Kauf. Mit dem Zumessen, will der Jurist fortfahrend sagen, verhält es sich nämlich so: In der Regel trägt hier der venditor omne periculum bis zur Zumessung, geschieht diese, so wird er vom periculum (casus) befreit. War aber (der dritte Fall) nicht ad mensuram verkauft, z. B. ganze Fässer oder Eimer, so geht auch ante mensuram schon das periculum casus über („periculo venditor liberatur"); das ist also eigentlich der hierher gehörige Hauptfall, wo von custodia die Rede sein kann, obgleich freilich auch der Fall dahin gehört, von welchem in L. 5. die Rede ist, da der Wein zugemessen worden, aber liegen geblieben, nämlich bis zum Abholen. Jener Hauptfall wird nun in den folgenden Paragraphen erörtert. Dies geht so fort bis durch L. 2., wo in §. 1. der Umfang der custodia von Gaius bestimmt wird, und durch L. 3., wo dasselbe von Paulus geschieht. Offenbar sind sich die drei Juristen hierüber ganz einig, und zwar nach allgemeinen Grundsätzen, die beim Kauf überhaupt gelten. Waren die Fässer ganz verkauft, so war es (gleichwie wenn der Wein zugemessen liegen geblieben) so gut, als wäre über res non fungibiles (bei denen es nicht zunächst auf die Quantität, sondern auf die species ankommt) der Handel geschlossen, es waren ja auch hier species verkauft. Bei dem Verkauf von species wird aber allgemein vom Verkäufer custodia prästirt, da das periculum casus gleich übergeht. In L. 4. §. 1. wird dieser Fall, da ganze Fässer voll Wein oder etwa ein ganzer Weinkeller voll verkauft worden, venditio vini aversione facta genannt 1). Auch hier, behauptet also Ulpian, müsse bloß custodia vom Verkäufer (wie sonst) prästirt werden: *omne* periculum, d. h. auch das periculum acoris et mucoris, geht hier den Käufer an, d. h. er muß immer das pretium lassen oder zahlen, wenn

1) Wächtler l. c. §. 36. meint, per aversionem heiße hier: ita, ut non degustaretur, und habe hier der Verkäufer, (Käufer?) auf den favor pro se (Lege?) introductus verzichtet. Vgl. L. 34. §. 5. D. de contr. emt.

die Verschlechterung oder der Untergang nur nicht Schuld des Verkäufers ist. Eine Ausnahme wird hier noch der in L. 1. pr. enthaltenen, da der Verkäufer das periculum acoris et mucoris ausdrücklich übernahm, hinzugefügt, nämlich die, da der Käufer sich das Kosten (degustatio) vorbehielt 1). Hier unterscheidet er:

a) Es ward keine Zeit bestimmt, binnen welcher gekostet werden soll. Hier kann der Käufer kosten wann er will, und so lange er dies noch nicht gethan, trägt der Verkäufer das periculum a. et m.

b) Es war lex contractus, ut intra diem certum degustaretur. Hier muß er freilich binnen der Zeit kosten, oder nach Verlauf derselben geht in dubio nun die Gefahr auf ihn über; allein dies gilt doch nur, wenn der Verkäufer es ihm nicht unmöglich machen sollte, denn offenbar war es Absicht auch bei dem so bestimmten Vertrage, daß der Käufer in Hinsicht des peric. a. et m. besser daran sein sollte, als wenn er ohne dies per aversionem gekauft

---

1) Noch eine Ausnahme ist nach L. 15. D. eod. (Gaius) die, da der Verkäufer die Güte des Weins versichert (de bonitate adfirmavit) und nun der Wein *sua natura* verdarb, oder da er dies voraussah, und es böswillig verschwieg. Hierauf geht auch die nicht, wie Löhr meint, bei der aversio singuläres Recht enthaltende L. 62. §. 2. D. de contr. emt. (Modestinus). Die Worte lauten: „Res in aversione empta, si non dolo venditoris factum sit“ (scil. ut sic ematur), „ad periculum emptoris pertinebit, etiamsi res adsignata non sit.“ Löhr bezieht den dolus auf nachherige Beschädigung der Sache, aber der dolus geht hier auf den Kauf selbst, er bestand gerade darin, daß der Käufer verleitet wurde, so unbesehens zu kaufen, also auf Wein angewandt, ohne Vorbehalt des Kostens. Eine solche Arglist darf dem Käufer nichts helfen, ging dabei ein Versehen vor, so hat der Käufer sich dies natürlich selst zu imputiren, aber dies hat nichts mit der custodia, und der praestatio periculi culpae zu thun. Darauf soll denn aber, damit das periculum casus übergehe, in diesem Falle nichts ankommen, ob die Sache z. B. das Faß Wein, vom Käufer schon bezeichnet worden oder nicht.

hätte. So muß man die Schlußworte des §. 1. — dies facit, mit dem in pr. zur Frage gestellten und nachher nur näher beleuchteten Falle in Verbindung setzen, und ohne unnütze Emendation die Lesart enim der Conjectur autem vorziehen.

Die ganze L. 4. gehört zu L. 1., die übrigen sind Einschiebsel, die den Zusammenhang nur durch nähere Bestimmungen unterbrechen, wie man schon daraus sieht, daß Ulpianus, wie er nun in L. 4. §. 2. von der custodia des schlechthin per aversionem Verkauften spricht, sich wegen der Dauer derselben auf das obige in L. 1. §. 3. 4. Vorgetragene beruft. In L. 5. hat Paulus einen ganz andern Fall, den er als Beispiel zu der Regel, daß wenn der emtor nicht zu rechter Zeit wegnimmt, der venditor nur *dolus* prästirt, (also nicht mehr plenam custodiam, ut et diligentiam praestet) anführt, vor Augen, nämlich den, da nicht per aversionem, sondern wie in L. 35. §. 7. de contr. emt. 1), aus einer Weinmasse ein bestimmtes Maaß gekauft ward. War hier zugemessen, so tritt jene Regel ein, wenn nicht, sagt hier Paulus wie dort Gajus, omne periculum (dies umfaßt alles das, was in L. 1. pr. von Ulpian weitläuftiger mit den Worten: si vinum acuerit. — qua alia ex causa ausgedrückt wird) venditoris est, es sei denn, daß der Käufer die Zumessung verzögerte. In diesem letztern Fall nämlich würde zu behaupten sein, daß zwar das periculum casus, aber nicht das periculum custodiae auf Seiten des Verkäufers wegfiele, dagegen aber nur dann auch dieses wegfiele, wenn er mit der Zumessung zugleich auch die Ablieferung (quo minus tolleret) ungebührlich verzögerte; da dann nur noch praestatio doli übrig bliebe. Eine Auseinandersetzung

1) Gaius lib. 10. ad Edictum provinciale: Sed etsi ex doliario pars vini venierit, veluti metretae centum, verissimum est, (quod et constare videtur) antequam admetiatur omne periculum ad venditorem pertinere. Nec interest, utrum pretium omnium centum metretarum in semel dictum sit, an in singulos eos.

dieses Punktes in unserer gewohnten systematischen Form würde also, wie folget, lauten:

A. Die Regel ist: hat der Verkäufer des Weins nicht selbst das periculum casus oder einen bestimmten Theil desselben wegen Uebereinkunft oder aus andern Gründen zu leisten; so muß er wie der Verkäufer jeder andern Sache, wenigstens custodia leisten, d. h. er muß den Wein nicht bloß selbst nicht verderben, sondern ihn auch gegen Verderbniß und Beschädigung verwahren und schützen, und zu diesem Ende allen Fleiß aufbieten, den man überhaupt von einem fleißigen Hausvater verlangen kann, gerade so, wie ihn auch der Commodatar leisten muß; so daß lediglich reiner, unabwendbarer Zufall entschuldbar ist.

B. Was nun die Frage, wenn etwa der Verkäufer noch mehr als custodia zu prästiren habe, wie viel mehr, und wie lange, betrifft; so muß man unterscheiden:

1) Er übernahm durch Uebereinkunft das periculum casus; dann muß er natürlich auch dasselbe prästiren. Uebernahm er insbesondere nur das periculum acoris et mucoris, so bleibt es dabei, und das wie lange? richtet sich wieder zuvörderst nach dem Vertrage; schwieg dieser darüber, so trägt er dieses periculum bis zur degustatio. Ob die Gefäße etwa schon früher vom Käufer bezeichnet worden, darauf kommt gar nichts an, denn dies geschieht meistens nur, damit der Wein nicht verwechselt werden könne. Ist gekostet worden, oder ward schon zugemessen, da denn natürlich von periculum acoris et mucoris nicht mehr die Rede sein kann; so prästirt er nun nur noch die erwähnte custodia, so lange bis mora tollendi auf Seiten des Käufers eintritt, denn diese setzt die Verpflichtung bis auf dolus herab.

Eine solche Uebereinkunft liegt schon darin, wenn der Käufer, wie es gewöhnlich geschieht, sich das Kosten vorbehielt, und der Verkäufer muß hier, wie oben, bis zur degustatio

das p. a. et m. tragen, es sei denn, daß diese widerrechtlich verzögert worden. Was diese widerrechtliche Verzögerung angeht, so kann das Kosten, falls keine Zeit verabredet worden, immer noch, im Fall der verabredeten Zeit aber über diese hinaus nur dann noch vorgenommen werden, wenn der Verkäufer es selbst verhinderte.

2) Es fehlt an einer solchen Uebereinkunft ganz. Ist dann

a) der Wein schon zugemessen, so wird der Verkäufer vom periculum, casus gänzlich befreit und leistet nur auf die erwähnte Art custodia, wenn etwa der zugemessene Wein noch liegen geblieben, bis zur mora des Andern.

b) Er ist nicht zugemessen, so unterscheide man wieder:

α) Es ist gar nicht ad mensuram gekauft, also es wurden bestimmte Fässer (d. h. aller Wein so viel in bestimmten Fässern enthalten ist) oder ein ganzer Weinkeller voll gekauft, ohne jene Uebereinkunft, von der unter 1) die Rede war (per aversionem), so ist es nun eben so gut, als wenn irgend eine andere species gekauft worden: das periculum geht gleich über, und es wird nur noch custodia prästirt. Der Handel ist abgeschlossen: die Sache ist bestimmt, das pretium ist bestimmt. Selbst wenn dieses nach einzelnen Kannen bestimmt sein sollte, ist dennoch ein Gleiches zu behaupten, da es ja doch nun für die einzelnen Theile der gewissen Sache gewiß ist. Nur wenn der Käufer hier besonders versicherte, der Wein sei gut, oder wenn er dolo malo verfuhr, muß er auch dafür einstehen, wenn der Wein in sich verdirbt, ohne daß ihm Mangel an Sorgfalt Schuld gegeben werden kann.

β) Es ist ad mensuram verkauft. Dies läßt sich auf zweierlei Weise denken: einmal, man kaufte eine gewisse Masse Wein überhaupt oder von einer

bestimmten Sorte, oder zweitens, man kaufte eine Quantität Wein aus einem bestimmten Faß oder aus einem Weinkeller. In beiden Fällen geht das periculum casus nicht über, es mag nun ein pretium für die ganze Quantität oder für einzelne Theile derselben z. B. für jede Kanne, ausgemacht sein. Aber auch von custodia kann hier nicht die Rede sein, nicht etwa als wenn es einen Fall gäbe, da der Verkäufer ohne besondere Verabredung und ohne mora des Käufers nicht zur custodia verpflichtet wäre, sondern weil es hier an der Bestimmtheit des zu bewahrenden Gegenstandes fehlt, und daher der Kauf noch nicht einmal als vollständig vorhanden anzusehen ist.

Ist dies nun aber der wahre Zusammenhang des Titels de periculo rei vend., so muß auch zugestanden werden, daß keine der obigen drei Stellen von Ulpian und Gajus etwas Singuläres enthalten, und daß sie vielmehr aus dem allgemeinen Grundsatz, den also auch jene beiden Juristen billigten, abgeleitet sind: der venditor muß custodia prästiren, so lange die Sache in seiner Verwahrung bleibt.

Aber auch weder die Institutionen noch Theophilus haben die dem Ulpian und Gajus irrig zugeschriebene Meinung aufgenommen. Man mag den §. 3. I. de emtione interpretiren, wie man will, so darf man ein solches Resultat nicht herausbringen. Die Stelle hat ihre großen Schwierigkeiten, wovon noch weiter unten.

§. 91.

Nunmehr dürfte es denn auch feststehen, daß die Römer keineswegs unbedingt für den Diebstahl verantwortlich machten, besonders sind L. 14. §. 12. D. de furtis 1) und L. 5. 8. C. de pign. act. darüber ganz deutlich.

1) „Quodsi conduxerit quis, habebit furti actionem, si modo culpa eius subrepta sit res.“

Allerdings muß nun aber noch darauf geantwortet werden, wie es denn komme, daß in mehrern Gesetzstellen allgemein gesagt werde, der detinens, von welchem custodia präſtirt werden müſſe, habe eben darum die actio furti, und insbesondere, daß es in L. 12. pr. D. de furtis 1) heiße, weil der fullo custodiam präſtiren müſſe, so stehe ihm immer die Klage zu. Die Antwort ist nicht im geringsten schwer. Nämlich in so weit hat Löhr immer Recht, daß es im Ganzen wahrscheinlich und im Zweifel anzunehmen ist, daß der Diebstahl durch größere Vorsicht hätte abgewandt werden können. Dies ist auch nothwendig, denn wer möchte einem Andern eine Sache anvertrauen, wenn er mit dem Beweise, er vermisse die Sache oder sie sei ihm entwandt, ohne daß Umstände dargelegt würden, welche seine Schuldlosigkeit außer Zweifel setzten, abkommen könnte. In der Regel haftet der fullo, der conductor u. s. w. dem dominus wegen der gestohlnen Sache, hat also auch in der Regel ein Interesse, den Dieb zu verfolgen. Thut er dies nun mit der actio furti, so erkennt er damit stillschweigends seine Schuld an. Dies muß ihm frei stehen, mithin kann er, wenn er will, immer klagen (semper agit), und der Dieb kann ihm unmöglich einreden, daß er ja ohne Schuld an dem Diebstahl sei. Nur wenn er vorher von dem dominus belangt, und weil er Schuldlosigkeit einwandte, frei gesprochen wurde, hat er die actio furti nicht mehr, sondern diese steht nun dem dominus zu; dasselbe muß jedoch ebenfalls dann Statt finden, wenn er früher gegen den Dieb klagte und ehe das Urtheil gefällt wurde, der dominus ihn angriff, und den Proceß verlor, dieser mochte nun versäumt haben, sich auf die in der Anstellung der actio furti liegende Anerkennung seiner Schuld

1) Ulpianus lib. 29. ad Sabinum. Itaque fullo, qui curanda polienda vestimenta accepit, *semper* agit, praestare enim custodiam debet, si autem solvendo non est, ad dominum actio redit, nam qui non habet quod perdat, eius periculo nihil est.

zu berufen, oder aber dieſer Umſtand ſonſt nicht beachtet worden ſein, er verliert dadurch noch jetzt ſeine Klage gegen den Dieb. In beiden Fällen hat er von den Anſprüchen des dominus befreit, kein Intereſſe mehr. Dieſe Anſicht und damit vollends der an ſich ſo natürliche und nothwendige Satz, daß Diebſtahl ausnahmsweiſe ohne Schuld ſein könne, rechtfertigt ſich klar und deutlich durch

L. 90. D. de furtis Javolenus lib. 9. ex Posterioribus Labeonis.

Fullo actione locati de domino liberatus est, negat eum furti recte acturum Labeo; item si furti egisset, priusquam ex locato cum eo ageretur, et antequam de furto iudicaretur, locati actione liberatus esset, et fur ab eo absolvi debet, quodsi nihil eorum ante accidisset, furem ei condemnari oportet: haec idcirco, quoniam furti eatenus habet actionem, quatenus eius interest.

Daſſelbe muß man auch noch behaupten, wenn der dominus mit dem bisherigen detinens ſich darüber verglich, daß er ihm nicht haften ſolle. Einer Ceſſion bedarf es hier nimmer, wenn etwa der dominus die Gefahr übernehmen will, denn ſobald der dominus den, welcher custodiam zu präſtiren hatte, fahren läßt, kehrt zu ihm die Klage zurück. Dieſer hat nun, ſo lange ſein periculum dauert, die Klage, aber ſo lange kann ihn auch ſelbſt nicht der dominus verdrängen, ſo wenig als er ihm den durch die auf ſeine Gefahr angeſtellte Klage gemachten Gewinn, das duplum oder quaduplum entreißen kann 1). Dieſem letzten Punkt ſcheint zu widerſprechen:

---

1) S. oben L. 21. D. de hered. vel act. vend. S. 308. und vgl. L 13. §. 1. D. commod. Am klarſten darüber iſt L. 6. D. locati: „Is, qui rem conduxerit, non cogitur restituere id, quod rei nomine furti actione consecutus est.“ — Die condictio furtiva ſo wie die rei vindicatio beſtellt natürlich der dominus, und mußte ſie natürlich dem auf Entſchädigung belangten obligatus cediren, ja er mußte ſie ſogar auf Koſten

L. 15. pr. de furtis. D. Paulus lib. 5. ad Sabinum.

Creditoris, cui pignus subreptum est, non credito tenus interest, sed omnimodo in solidum furti agere potest; sed et pignoratitia actione id, quod debitum excedit, debitori praestabit.

Und zwar ſcheint ſie in ſo fern zu widerſprechen: der creditor, welcher weiter als ſein creditum geht, klagen will, kann das, ſollte man denken, nur in ſo fern, als er in culpa iſt; wie kommt es denn, daß er hier das Gewonnene herausgeben ſoll? Aber man muß, um dieſem Einwande begegnen zu können, gleich noch folgende Geſetzſtellen herzuziehen.

L. 87. D. eod. Paulus lib. 1. Decretorum.

Creditori actio furti *in summam pignoris, non debiti* competit. Sed ubi debitor ipse subtraxisset pignus, contra probatur, ut in summam pecuniae debitae et usurarum eius furti conveniretur.

L. 22. pr. D. de pignoratit. act. Ulpianus lib. 30. ad Edictum.

Si pignore subrepto furti egerit creditor, totum quicquid percepit, debito eum imputare, Papinianus confitetur: *et est verum etiamsi culpa creditoris furtum factum est.* Multo magis hoc erit dicendum in eo, quod ex condictione consecutus est. Sed quod ipse debitor furti actione praestitit creditori, vel condictione, an debito sit imputandum videamus. Et quidem non oportere id ei restitui, quod ipse ex furti actione praestitit, peraeque relatum est et traditum; et ita Papinianus lib. 9. Quaestionum ait.

L. 12. §. 2. de furtis. Idem lib. 29. ad Sabinum.

Im Anfange iſt davon die Rede, daß dem bonae fidei possessor die actio furti zuſtehe; dann fährt er fort:

---

deſſelben ſelbſt anſtellen, wenn der Erfolg nicht zu bezweifeln war, nach dem Gutdünken des index. Davon ſpricht L. 60. §. 2. locati.

Sed et si res pignori data sit, creditori quoque damus furti actionem, quamvis in bonis eius res non sit. Quinimo non solum adversus extraneum dabimus, verum et contra ipsum quoque dominum, furti actionem, et ita Iulianus scripsit: nec non et ipsi domino dari placet, et sic fit, ut non teneatur et furti agat 1): ideo autem datur utrique, quia utriusque interest. Sed utrum semper creditoris interest, an ita demum, si debitor solvendo non est? et putat Pomponius, semper eius interesse pignus habere, quod et Papinianus libro 12 quaestionum probat, et verius est, ubique videri creditoris interesse, et ita et Iulianus saepissime scripsit.

L. 46. §. 1 — 5. D. eod. Ulpianus lib. 42. ad Sabinum. Si servus fructuarius subreptus est, uterque, et qui fruebatur, et dominus, actionem furti habet. Dividetur igitur actio inter dominum et fructuarium: fructuarius aget de fructibus, vel quanti interfuit eius, furtum

---

1) Diese sehr leichte Veränderung des Textes durch Versetzung des et, welches in der Flor. und allenthalben nach furti steht, verdient vielleicht Beifall. Das non teneatur furti würde nach juristischem Sprachgebrauch heißen: es kann die actio furti nicht gegen ihn angestellt werden, was denn aber, so viel ich sehen kann, immer einen schiefen Sinn geben würde, man mag es auf den dominus oder gar auf den creditor, von dem hier doch auch hauptsächlich die Rede ist, beziehen. Liest man nach meinem Vorschlage, so ist der Sinn ganz klar: das Eigene beim Creditor war nämlich, daß er hier die actio furti auch dann hatte, wenn dem dominus sie sonst gewöhnlich allein zustand, nämlich wenn er selbst nicht haftete wegen Schuld; in diesem Falle sollen sie sie beide haben, jeder wegen seines besondern für sich bestehenden Rechts. Mit der Florent. Lesart stimmen überein: Cod. ms. Rom. 1476, Nor. 1483., Par. 1529., Par. 1548. 8., Senneton (in marg.: *ut* teneatur furti), Cod. ms. Regiom. et Hafn., de Tortis 1491. 1494. 1507, Lugd. 1575. 1604.; Baudoza, Andr. Bocard. Die Randglosse des Senneton haben auch andere Editt., aber ich habe keinen bestimmten Codex in Erfahrung bringen können, in dem das non fehlt; gibt es eine solche Lesart, so ist sie doch wohl sicher eine unverständige Conjectur.

factum non esse, eius dupli; proprietarius vero aget; quod interfuit eius, proprietatem non esse subtractam. §. 2. Quod dicimus dupli, sic accipere debemus, etiam quadrupli competere actionem, si manifestum furtum sit. §. 3. Haec actio, etsi sit qui in eo servo habeat usum tantum, poterit ei competere. §. 4. Et si quis proposuerit hunc servum etiam pigneratum esse, eveniet, ut etiam is, qui pignori accepit, habeat furti actionem: hoc amplius etiam debitor, *si modo plus valeat, quam pro pignore debetur*, habet furti actionem. §. 5. Usque adeo autem *diversae sunt actiones*, quae eis competunt, ut, si quis eorum pro fure damnum deciderit, dici oporteat, solummodo actionem sibi competentem amisisse cum, caeteris vero superesse. Nam etsi proponas, communem servum subreptum, et alium ex dominis pro fure damnum decidisse, is qui non decidit habebit furti actionem.

L. 14. §. 5—7. D. eod. Idem lib. 29. ad Sabinum.

Papinianus tractat, si duos servos ob decem aureos pignori acceperim, et alter subripiatur, cum alter quoque, qui sit retentus, non minoris decem valeret: utrum usque ad quinque tantum habeam furti actionem, quia in alio habeo salvos quinque; an vero, quia mori potest, dici debeat, in decem fore actionem, etiamsi magni pretii sit is qui retinetur? Et ita putat; non enim respicere debemus pignus quod subreptum non est, sed id quod subtractum est. §. 6. Idem scribit, si, cum mihi decem deberentur, servus pignori datus subtractus sit, si actione furti consecutus fuero decem, non competere mihi furti actionem, si iterum subripiatur, quia desiit mea interesse, cum semel sim consecutus. Hoc ita, *si sine culpa mea subripiatur:* nam *si culpa mea*, quia interest, *eo quod teneor pignoratitia actione*, agere potero; quodsi culpa abest, sine dubio *domino* competere

actio videtur, quae creditori *non* competit: quam sententiam Pomponius quoque libro X ad Sabinum probat. §. 7. Iidem dicunt, etsi duo servi subrepti sint simul, competere utriusque nomine furti actionem creditori; sed non in totum, sed pro qua parte in singulos diviso eo, quod ei debetur, eius interest: separatim autem duobus subreptis, si unius nomine solidum consecutus sit, alterius nihil consequetur.

Hält man nun diese Fragmente gegen einander, so scheinen sich wieder Ulpianus und Paulus darin zu widersprechen, daß dieser annimmt, der creditor könne auf das Ganze, jener, er könne nur auf die Summe des debiti die Klage anstellen. Beide Widersprüche sind aber nur scheinbar, sobald man nur auf folgende Weise unterscheidet:

I. Der creditor war in culpa, und legt seine Verbindlichkeit wegen custodia der Klage zum Grunde. Hier geht sein Interesse auf das Ganze, da er für das Ganze herkommen muß, und der dominus hat eben deswegen gar kein Interesse. Der creditor schließt also auch hier den dominus aus, und behält den Gewinn. Jedoch muß er sich von der ganzen Summe, die er erhielt, das debitum kürzen lassen, zum Beispiel das debitum war 10, das pignus nur 8, dieses erhielt er doppelt, so gewinnt er nur 6; oder das debitum war 5, das pignus 10, so gewinnt er 10 indem er 5 zahlt und über 5 quittirt. Er kann also nie etwas lucriren ehe die Schuld getilgt ist; dies ist der Sinn der Worte: quicquid percepit debito imputare debet in L. 22. pr. D. cit., und auf den ganzen Fall ist L. 14. §. 6. cit. verb. nam si — potero zu beziehen.

II. Er will sich als creditor geriren, und sein Interesse, was er als solcher unabhängig von dem Interesse des debitor hat, in Anspruch nehmen. Hier geht eigentlich sein Interesse und also seine Klage nur so weit, als die Schuld geht, und er in Hinsicht derselben noch auf keine

Weise befriedigt worden ist. Was darüber an Werth des Pfandes hinausgeht, das gehört zum Interesse des dominus, und kann dieser deshalb seine abgesonderte für sich bestehende actio furti anstellen: gerade wie der fructuarius den Werth seines Nießbrauchsrechts an der gestohlnen Sache, der proprietarius den Werth der Proprietät einklagt. Jeder erhält hier unabhängig von dem Andern das duplum oder quadruplum seines Interesses und seiner portio. Hiervon reden alle übrigen Fragmente von Ulpian.

Dies geht aber nur das Verhältniß unter creditor und debitor an: will der debitor hier in Hinsicht dessen, was zu seinem Theile gehört, den creditor ausschließen, so ist damit die Klage auf dessen eigenes Interesse beschränkt. Dagegen kann aber der Dieb nicht auf diese Beschränkung dringen, sondern der creditor ist, wenn der dominus auf seinen Theil noch nicht geklagt hat, gegen den Dieb befugt auf das Ganze zu klagen; jedoch muß er, da er hier gewissermaaßen zum Theil nur als negotiorum gestor des dominus gehandelt hat, diesem nicht etwa den ganzen Gewinn, sondern das auf das residuum Gewonnene nebst diesem herausgeben. Davon reden die Stellen von Paulus 1).

---

1) Zweifel gegen diese Erklärung könnten die ersten Worte in L. 15. erregen: creditoris, cui pignus subreptum est, non credito tenus interest. Allein ist nicht etwa das non ein Glossem, eingeschoben, um das Folgende damit in scheinbare Uebereinstimmung zu bringen (nimmt man es weg, so ist der Sinn: das Interesse des creditor als solchen geht nur so weit die Schuld geht, aber dennoch ꝛc.); so sagen sie doch nichts weiter, als: der Dritte kann sich nicht darauf, daß der creditor nur auf die Schuldsumme interessirt sei, berufen, da dieser ja die ganze Sache zur Sicherheit hatte, die ihm unrechtmäßig entzogen wurde, also auch den ganzen Werth als ihm entrissen verdoppelt muß in Anspruch nehmen können. Sobald dagegen der debitor in Verhältniß tritt mit dem creditor, so kann dieser sagen: dir kann auch nur darum zu thun sein: das Deinige, d. h. deine Schuld zu erhalten;

Dabei fragt es sich denn nun nur: wie, wenn der creditor auf das Ganze klagte, kann er sich auch gegen den dominus nachher darauf berufen, daß er wegen culpa geklagt habe? Hatte der dominus ihn freilich vorher ausgeklagt, und die aestimatio war ihm, nach Abzug der Schuld, bezahlt worden, so hat die Sache keinen Zweifel. Ist das aber nicht, so muß, eben so wie auf ähnliche Art oben beim Verkäufer (§. 82. g. d. E.), angenommen werden, daß er als creditor geklagt habe. Gerade wie dort wegen Allgemeinheit der L. 14. pr. D. de furt., muß dies hier wegen Allgemeinheit der L. 15. pr. behauptet werden, weil sonst in beiden Fällen es immer von der Wahl des Verkäufers oder Pfandgläubigers abhinge, den ganzen Rechtssatz unnütz zu machen. Ob er den vollen Gewinn haben soll, muß davon abhängen, ob der debitor sich an ihn halten will oder nicht. Will dieser ihn daher, ehe es zur Klage kommt, von seinem Antheil verdrängen, so versteht sich von selbst, daß er seine Ansprüche wegen culpa fahren lassen muß, und ist ohne Zweifel der creditor befugt, ehe er klagt, darüber seine Erklärung zu verlangen, ob er überall dergleichen Ansprüche geltend zu machen gedenke. Erklärt er sich darauf mit ja, so kann er nun auch nachher auf den Gewinn keinen Anspruch machen, denn diesen erhält ganz, wer ganz die Gefahr trägt 1).

Zum Schluß nur noch die Bemerkung, daß L. 22. auch noch deutlich beweist, daß nicht bloß beim *servus* subreptus zwischen Schuld und Nichtschuld unterschieden wird.

---

die verschiedenen Verhältnisse machen hier auch eine verschiedene Ansicht nothwendig.

1) *Vergl. L. 17. §. 3. L. 18. D. rerum amotar.

Eilftes Capitel.

Kurze Uebersicht der praestatio culpae bei den hauptsächlichsten Contracten.

---

§. 92.

Daß die Theorie der Römer über culpa, so wie sie uns im corpus iuris aufbehalten worden, nicht vollständig entwickelt und ausgesprochen ist, sieht man zunächst daraus, daß die Gründe, weshalb beim *mandatum* die culpa so und nicht anders zu prästiren sei, nirgends deutlich angegeben worden. Besondere Auskunft findet man darüber nicht; in der L. 23. D. de R. I. wird es freilich unter den Contracten aufgeführt, welche dolus et culpa erfordern, aber dort werden überhaupt keine Gründe der Classification angegeben, in der L. 5. §. 2. D. commod., wo dieses geschieht, ist gerade das mandatum und die negotiorum gestio ausgelassen, und beide vertragen sich nicht mit den Rubriken, so wie sie dort mit ihren Gründen aufgestellt sind. Die culpa bei der letzteren zu bestimmen ist freilich nicht schwer; desto schwerer aber bei dem ersteren, wenigstens wenn man nach der Ursache fragt. Ein Jeder fühlt es, daß beim Mandat aller Fleiß, den das gerade aufgetragene Geschäft erfordert, und den ein jeder andere tüchtige Mann darauf verwandt haben würde, auch immer wirklich prästirt werden muß; aber, wie dies mit den anerkannten allgemeinen Grundsätzen über praestatio culpae bei Contracten zu vereinigen sei, darüber hat, so viel ich beurtheilen kann, noch niemand befriedigenden Aufschluß gegeben. Will man also die bisherigen Lücken der praestatio culpae ausfüllen, will man

eine alles umfassende Classification der Contracte in dieser Hinsicht aufstellen, so muß man sich über diesen Punkt vor allen Dingen erst Rechenschaft geben. Da ich zwar die Sache im Einzelnen keineswegs zu erschöpfen gedenke, jedoch durch eine allgemeine Uebersicht dies für die Zukunft möglich und leichter zu machen wünsche; so muß ich mich beim Mandat zuvörderst etwas länger aufhalten, um nur erst eine vollständige Classification vorzubereiten.

§. 93.

Also zuvörderst, was wird beim Mandat prästirt? Die Antwort ist: culpa omnis, d. h. sowohl was die Aquilische (culpa in rei nocendo), als was die außeraquilische culpa (diligentia) betrifft, culpa levis, diligentia diligentis s. diligentissimi. Daß die Gesetze hiermit durchaus übereinstimmen, haben Manche bezweifeln wollen, aber aus seichten Gründen, obgleich selbst Donellus diesen viel Gewicht, und mehr als billig, beizulegen scheint 1). Wir haben die deutlichsten Texte, wenn gleich nicht in den Pandekten, doch im Codex. Es sind die bekannten L. 11. L. 13. L. 21. C. mandati. Daß wenigstens nicht bloß culpa lata prästirt werde, sieht man schon aus L. 11., obgleich das tam dolum quam culpam es den Worten nach unentschieden läßt, welche diligentia zu prästiren sei 2). Aber so viel zeigt auch schon L. 23. D. de R. I. Was hier und dort fehlt, ergänzt L. 13. vollkommen: A procuratore

---

1) Comment. lib. 13. cap. II. Er nennt diese ganze Untersuchung anceps quaestio et in contrarias partes agitata, locis et rationibus non frivolis alio atque alio ducentibus. Auffallend ist es, daß er, der die eingewandten Texte für erheblich hält, sich so flüchtig darüber weggemacht hat; sie schienen ihm also nur darum so, weil er noch nicht Zeit und Lust gehabt, sie völlig durchzudenken, und so das ganz Verkehrte aufzudecken, was in einer solchen Auslegung enthalten war.

2) S. diese Gesetzstelle oben §. 34. g. d. E.

dolum *et omnem culpam, non etiam improvisum casum* praestandum esse, iuris autoritate manifeste declaratur: nur nicht casus, sonst alles übrige jemals Imputable ist hier zu präsiren. Die ganz willkührliche Unterscheidung einiger zwischen einem Bevollmächtigten im Proceß und einem sonstigen, verdient keinen Widerspruch. Daß hier auch bei den Römern gar kein Widerspruch, sondern alles längst ausgemacht war und aus unbezweifelten Rechtsgrundsätzen hervorging, sieht man aus dem Schluß des Rescripts. Ganz klar ist auch L. 21., von der nachher noch die Rede sein soll. Dagegen und für die Behauptung, daß der Mandatar in der Regel nur culpa lata zu präsiren habe, werden denn bekanntlich L. 8. §. 7. 8. 10. L. 10. pr. L. 29. pr. D. mand. angeführt 1). Um diesen Fragmenten ein solches Resultat zu entwinden, muß man zu einem argumentum a contrario seine Zuflucht nehmen; daß aber dies gegen die allerklarsten directen Aeußerungen nichts vermag, versteht sich unter Verständigen schon von selbst. Allein aller Schein schwindet, sobald man nur diese Fragmente recht versteht. Dazu ist aber vorzüglich bei L. 8. 10. nöthig, daß man den Zusammenhang auffaßt 2). In §. 7. fängt Ulpian an

1) Warum man sich nicht auch auf L. 8. §. 8. eod. bezogen hat, da doch dieser §. einen dem in L. 29. enthaltenen gleichen Fall beurtheilt, weiß ich nicht zu sagen.

2) L. 8. mand. 7. Si ignorantes fideiussores debitorem solvisse, vel etiam acceptilatione sive pacto liberatum, ex substantia debitoris solverunt, non tenebuntur mandati. §. 8. Quod et ad actionem fideiussoris pertinet. Et hoc ex rescripto Divorum fratrum intelligere licet. Huius verba haec sunt: „Catullo Iuliano. Si hi, qui pro te fideiusserant, in maiorem quantitatem damnati, quam debiti ratio exigebat, *scientes et prudentes* auxilium appellationis omiserunt, poteris mandati agentibus his aequitate iudicis tueri te“ Igitur si ignoraverunt, excusata ignorantia est; si scierunt, incumbebat eis necessitas provocandi: *caeterum dolo versati sunt, si non provocaverunt.* Quid tamen, si paupertas eis non permisit? excusata est eorum inopia, sed et si testato convenerunt debitorem, ut si ipse putaret

die Frage zu erörtern: wie wenn die Bürgen die schon aufgehobene Schuld noch ex substantia debitoris bezahlten, haften sie ex mandato? Dies wird verneint, wenn sie es unwissentlich thaten. In §. 8. fährt er fort: wie wenn sie aus einem ungerechten Richterspruch zu viel bezahlten, und sie wußten es (denn wenn sie es nicht wußten, so sind sie immer entschuldigt), und sie provocirten nicht? Hier ist ein Fall, in dem sich nur dolus und culpa lata denken läßt; es ist also auch ganz natürlich, daß nur von jenem, nicht von culpa außer dolus gesprochen wird. In §. 9. 10. wird ein neuer Fall des dolus aufgestellt: jemand bekam als Mandatar etwas in die Hände, was er an den Mandanten herausgeben sollte, z. B. er hatte in Auftrag einen Sklaven gekauft. Nicht zu restituiren sei hier dolus. Dem wird gleich gestellt, wenn er dolo oder culpa lata den Auftrag, den Sklaven zu kaufen, gar nicht erfüllt hat; ein neuer Fall des dolus, bei welchem der freilich denkbare 1) Fall, da ihm jemand, weil

appellaret, puto rationem eis constare. §. 9. *Dolo* autem facere videtur, qui id, quod potest restituere, non restituit. §. 10. Proinde si tibi mandavi, ut hominem emeres, tuque emisti, teneberis mihi ut restituas. Sed etsi *dolo* emere neglexisti (forte enim pecunia accepta alii cessisti, ut emeret) aut si lata culpa (forte si gratia ductus passus es alium emere), teneberis. Sed et si servus, quem emisti, fugit, si quidem *dolo tuo*, teneberis; si *dolus* non intervenit, *nec culpa*, non teneberis, nisi ad hoc, ut caveas, si in potestatem tuam pervenerit, te restiturum. Sed etsi restituas, et tradere debes, et si cautum est de evictione, vel potes desiderare, ut tibi caveatur; puto sufficere, si mihi hac actione cedas, ut procuratorem me in rem meam facias, nec amplius praestes, quam consecuturus sis. L. 9. De tuo etiam facto cavere debes. L. 10. Idemque et in fundo, si fundum emit procurator; *nihil enim amplius quam bonam fidem praestare eum oportet qui procurat.* §. 1. Sed et si de sanitate servi procuratori cautum est aut caveri potest, aut de caeteris vitiis, idem erit dicendum, *aut si culpa caveri non curaverit condemnabitur.*

1) Vgl. L. 7. §. 2. D. de administr. tut. L. 52. §. 11. D. pro soc. L. 22. §. 11. mand.

er nur nicht die Raschheit eines diligens paterfamilias anwandte, zuvorkam, nicht beachtet wurde, weil es zunächst nur auf jene Gleichheit ankam. Ferner wird noch ein Fall des dolus hinzugefügt: der Sklave floh, indem der Mandatar die Flucht vorher sah, und ihn absichtlich fliehen ließ; dabei wird denn, nachdem positiv gesagt worden, er sei ex mandato wegen dieses dolus verantwortlich, negativ bemerkt, wenn er für die Flucht gar nicht herkommen dürfe, und hier war es freilich nothwendig, die culpa außer dolus mit hineinzuziehen; denn man konnte wohl sagen, man hafte so gut, wenn man einen Sklaven dolo oder culpa lata nicht gekauft, wenn man ihn dolo oder culpa lata laufen lassen, als wenn man ihn (offenbar dolo) gar nicht restituiren wolle, ohne daß darum noch gefolgert werden könnte, man hafte nur allein in diesen Fällen, und nicht, wenn jenes Beides culpa levi geschehen sei. Aber sobald angegeben werden sollte, in welchem Falle man gar nicht verantwortlich sei, so mußte gleich auch von culpa levis die Rede sein, wenn nicht jener Schluß vom Gegentheil gerechtfertigt sein sollte, und eben darum wird beim servus, qui fugit, dieser Zusatz nicht versäumt: si dolus non intervenit nec culpa. Die Ungleichheit des Ausdrucks und der Behandlung bei Anführung der beiden Fälle lag darin, weil bei dem letzteren zu der Bemerkung hingeleitet werden sollte, daß der Mandatar caviren müsse, er wolle restituiren, sobald inskünftige wieder der Sklave in seine Gewalt kommen sollte; gerade diese Bemerkung zog die andere beiläufige, daß nur bei Freiheit von aller Schuld man damit auskommen könne, mit sich. Wie könnte auch hier ein Unterschied zwischen dem Fall des Nichtkaufs und der Flucht sein, und würde es nicht zu wahrem Unsinn führen, wenn man größere Betriebsamkeit und Aengstlichkeit bei der Aufsicht und Bewachung eines gekauften Sklaven als bei dem Kaufe selbst verlangen wollte? Und wie pedantisch ängstlich müßte man schreiben, wenn man auf so unzeitige argumenta a contrario zum Voraus Rechnung machen wollte.

Nun ſetzt der Juriſt die Unterſuchung damit fort, daß er fragt: wie iſt es mit der cautio wegen der Eviction? Hier iſt die Antwort: ſowohl bei jenem servus, als bei einem gekauften fundus, kann der mandans keine ſolche cautio vom Mandatar verlangen, denn dieſer haftet nur wegen ſeines eigenen facti, zum Beiſpiel daß er den Entflohenen herausgeben wolle, wenn er ihn wieder in die Hände bekommt, kann man Caution von ihm verlangen (L. 9. von Paulus); nicht aber wegen eines fremden facti, wie die Veräußerung des dritten Nichteigenthümers, welche der evictio Raum ließe, ſein würde; in Hinſicht dieſes fremden *facti* hat er (L. 10. pr., wieder von Ulpian aus demſelben Buch,) nur einzig *bona fides* zu leiſten, d. h. es iſt ihm nur dann zu imputiren, wenn er ſelbſt wußte, daß dem Käufer die Sache nicht gehöre (dolus), oder auf bedeutende Verdachtsgründe keine Rückſicht nahm (culpa lata): eine culpa levis iſt hier wieder faſt nicht denkbar.

Ein Gleiches ſoll nach §. 1. gelten, wenn von einer cautio wegen Geſundheit des Sklaven die Rede iſt, und hier wird noch hinzugefügt, wenn er irgend ſchuldiger Weiſe (culpa) unterließ, ſich eine ſolche Caution beſtellen zu laſſen, ſo ſoll Verurtheilung die Folge ſein. Dies letztere muß natürlich auch von der cautio de evictione gelten, und hier jeder Verſäumungsfehler wieder gut gemacht werden. Dies iſt der natürliche Zuſammenhang der L. 8. 9. 10., ſo weit ſie hierher gehören; wie konnte man doch darin eine Beſchränkung der praestatio auf culpa lata finden? Geſetzt, einer jener Fälle ſpräche für dieſe Beſchränkung, ſo hebt ſie ja der andere wieder auf: welcher ſoll denn unter der Regel ſtehen? doch wohl der, der die Regel für ſich hat, welche ſo deutlich im Codex ausgeſprochen iſt. Um den von den Gegnern urgirten Ausdruck in L. 10. pr. nihil amplius, quam bonam fidem zu ſchwächen, führt Donellus L. 1. D. de pactis, und L. 11. §. 1. D. de act. e. v. an, dieſe Stellen zeigten nämlich, daß die bona fides verletzt würde, wenn man nicht präſtire, was die obligatio

verlange, also auch, wenn eine leichte Schuld, die sich mit ihr nicht vertrage, vorzuwerfen sei. Aber 1) nach dem oben angegebenen Zusammenhang bedarf es dieses Arguments nicht, und 2) möchten es die beiden von ihm angeführten Leges für sich allein gerade nicht unwiderleglich beweisen, da sie leicht von einer wissentlichen Weigerung dessen, was man versprochen hat, verstanden werden könnten. Dennoch verhält sich die Sache an sich wirklich so, und so wie die engere Bedeutung von bona fides für dolus z. B. L. 68. pr. D. de contr. emt. L. 35. iunct. L. 40. D. pro soc. und L. 32. D. depos. beweisen, so ist auch jene allgemeinere Bedeutung durch ein leicht erfindliches Raisonnement aus dem terminus: bonae fidei iudicium und schon allein durch L. 52. §. 1. 2. D. pro socio, da sonst das utrum *ergo* unerklärlich bliebe, über allen Zweifel hinauszusetzen.

Um die L. 29. D. mand. wegzuschaffen, gibt Donellus vor, es liege darin ein argumentum a maiori, quasi dictum esset, non mirum si hic fideiussoris damnum esse dicimus. Nam etsi culpa ab eo hic peccatum esset, teneretur tamen. Quanto magis tenebitur ob hoc factum, quod est proximum dolo? Dieser salva venia kantischen Auslegungsweise bedürfen wir hier aber nicht, da es hinlänglich sein wird, bemerklich zu machen, daß wie in L. 8. §. 8. mand., so in dieser L. 29. eod. nur von dolus und culpa lata die Rede sein konnte. Der ausführliche Beweis aber hiervon liegt in dem, was oben (§. 20.) über diese Fragmente gesagt worden ist. Und wenn man aus diesen leges durch einen Schluß vom Gegentheil herauszulocken verstand, daß das Mandat nur culpa lata prästiren lasse, warum folgerte man nicht dasselbe aus L. 6. §. 8. 9. D. de act. emt. vend. 1) für den Kauf? aber freilich, es ist nicht zu

1) Si *dolo malo* aliquid fecit venditor in re vendita, ex empto eo nomine actio emptori competit, nam et dolum malum eo iudicio aestimari oportet, ut id, quod praestaturum se esse pollicitus sit ven-

bezweifeln, daß der Verkäufer, der in re vendita aliquid culpa levi fecit, auch hafte; aber ist denn das ohne eigenwilliges Raisonnement nach den Gesetzen beim Mandat weniger gewiß? Der Verkäufer, welcher sciens obligatum aut alienum vendidit, handelte immer dolo und muß allemal haften, weil dies durchaus contra bonam fidem ist, und es bleibt, selbst wenn darüber eine gegentheilige Verabredung geschlossen sein sollte; aber freilich wer wollte daraus schließen, daß der venditor nie wegen culpa außer dolus hafte; aber ist denn ein solcher Schluß bei der L. 8. und 29. D. mand. weniger hinfällig?

Einige haben hier ihren eignen Ideen zu Gefallen, oder um dem scheinbaren Widerspruch der Gesetze zu entgehen, nach Unterschied der Fälle bald eine höhere, bald eine geringere Prästation angenommen, es soll auf die Natur des gerade vorliegenden Auftrags gesehen werden, und ob das aufgetragene Geschäft einen größeren oder geringeren Grad des Fleißes und der Anstrengung erfordere. Aber auch abgesehen davon, daß die Gesetze von dem allen nichts wissen, sondern offenbar eine allgemeine durchgreifende Regel aufstellen wollten, wovon man eigentlich nicht absehen darf; so ist dies schon an sich widersinnig, da darin gerade der Charakter eines diligens paterfamilias besteht, daß er weis, wo es auf mehr und wo es auf weniger Anstrengung ankommt, und von diesem Wissen für den jedesmaligen Fall Gebrauch macht: schuldlos ist er nur, wo dieser im Ganzen richtige Calcül zufällig fehlschlug 1).

§. 94.

So viel kann man also mit Sicherheit annehmen, daß nach

---

ditor, emptori praestari oporteat. Si venditor *sciens* obligatum aut alienum vendidisset, et adiectum sit: „neve eo nomine quid praestaret"; aestimari oportet dolum malum eius, quem semper abesse oportet in iudicio empti, eo quod bonae fidei sit.

1) S. oben §. 24. und 41.

der Vorstellung der Römer beim Mandat diligentia und custodia plena zu prästiren sei, und es fragt sich nur noch, worin war diese Vorstellung gegründet, und wie ist sie mit ihren sonstigen Ansichten in dieser Materie zu vereinigen? Die Römer nämlich scheinen die Klasseneintheilung hier lediglich nach dem Nutzen gemacht zu haben, den der Contract für die Contrahenten mit sich führt: hatte das Geschäft den Nutzen des Prästanten zur Absicht, so war culpa außer dolus, wenn nicht, nur dolus und die ihm gleiche culpa zu prästiren. Diese Rücksicht scheint L. 5. §. 2. commod. dem Ganzen, jedoch ohne des Mandats, der negotiorum gestio und der Tutel zu gedenken, zum Grunde zu legen; in L. 17. §. 2. de praescript. verb. werden hiernach die verschiedenen Fälle eines contractus innominatus beurtheilt und auch L. 108. §. 12. D. de legat. I. spricht sie als Princip aus. Das Commodat soll bald diligentia, wenn es, wie in der Regel, den alleinigen Nutzen des Commodatars mit sich führt, bald nur culpa lata, wenn es lediglich den Vortheil des Commodanten bezweckt 1), erfordern; ja bei demselben wird sogar ein Mittelgrad der Prästation angenommen, wenn ein gemeinschaftlicher Nutzen die Absicht war 2). Der Depositar haftet in der Regel nur für dolus und culpa lata, weil er in der Regel nicht bezahlt bekommt; bekommt er bezahlt, so muß er culpa levis prästiren. Warum ist nun, und hierauf läßt sich die obige Frage reduciren, warum ist dies anders beim Mandat als beim depositum, da jenes so gut wie dieses in der Regel ein negotium gratuitum ist? Bei der negotiorum gestio ist leicht ein Ausnahmsgrund zu finden, der schon für sich allein hinreichen müßte, da bekanntlich auch das depositum custodia aufnimmt, wenn der Depositar sich zudrängte 3). Aber was hat denn das Mandat hier Besonderes?

1) L. 2. §. 10. commod.

2) L. 18. pr. eod. s. oben §. 47.

3) L. 1. §. 35. D. depos.

Wir wollen den Donellus, welchem die Meiſten mit unweſentlichen Veränderungen nachgeſprochen haben, hierüber ſelbſt hören: „videndum est, quid hic geratur. Nempe unus est qui mandat, alter qui mandatum suscipit. Quid mandare? Est committere negotium aliquod alteri gerendum. Non geritur autem nisi industria et diligentia ad rem gerendam necessaria. Quare qui gerendum suscipit, hanc ipsam industriam in se futuram suscipere videtur.“ Mich dünkt, man könnte mit eben dem Recht ſagen: quid est deponere? est committere rem alteri custodiendam (L. 1. pr. D. depositi). Non custoditur autem nisi industria et diligentia ad rem servandam necessaria. Quare qui custodiendam suscipit etc. Damit wären wir alſo wohl nicht vom Fleck gekommen. Irre ich nicht, ſo löst ſich das Räthſel, ſobald wir den Unterſchied des depositum vom mandatum, da wo ſie nahe an einander gränzen, eingeſehen haben. Die Aufgabe ſpricht ſich in der Frage aus: wie iſt das mandatum rei custodiendae von dem depositum unterſchieden? Wenn ich einem Andern meine Sache hingebe, daß er ſie bei ſich aufbewahre, ſo iſt dies ein depositum, gebe ich dagegen derſelben Perſon den Auftrag, daß er während meiner Abweſenheit in meinem Hauſe wohne, und meine Sache bewache und bewahre, ſo iſt dies eine mandata custodia. Es iſt hiervon ſchon oben die Rede geweſen, und mit Anführung zweier hierher gehörigen Geſetzſtellen 1) der verſchiedene Charakter bezeichnet worden 2). Er liegt darin, daß ich beim Mandat immer die Perſon meines Mandanten repräſentire, beim depositum hingegen nehme ich die fremde Sache unter die meinigen auf, und ſie wird unter dieſelbe Obhut geſtellt, worunter mein Eigenthum ſteht. Dies muß weſentlichen Einfluß auf die praestatio custodiae et culpae haben, oder hatte

1) L. 1. pr. und §. 12. depos.

2) *Vergl. noch L. 5. §. 4. D. de praescr. verb. L. 9. fin. D. de iure dot.

es doch wenigstens nach der Vorstellung der Römer, denn wer seine Sache mir als solche anvertraut, sie unter den Verwahrsam des Meinigen stellt, kann nicht mehr von mir verlangen, als die Sorgfalt, welche ich dem Meinigen zu widmen pflege; ich bin ihm also nur verantwortlich, wenn ich diese verabsäume, und ihm so die Treue breche, auf die er rechnen konnte; ganz anders verhält sich die Sache, wenn er mir aus der Verwahrung seiner Sache ein Geschäft machte, wenn er mir auftrug, sie an seiner Stelle zu bewahren: hier kann ich nur von Verantwortlichkeit frei sein, wenn ich diese Stelle so ausfüllte, wie irgend ein anderer tüchtiger Hausvater sie ausgefüllt haben würde, und es wäre gleich widersinnig, mich hier auf meine eigne gewohnte Nachlässigkeit, als auf die des Mandanten zu berufen. Dies gilt aber von jedem Mandat. In dem Repräsentativ-Charakter des Mandats liegt also, wenn ich nicht sehr irre, der ganze Unterschied. Liest man nun noch nach dieser Erörterung die L. 21. C. mand., so, scheint es, wird der Sinn derselben erst recht klar und bedeutsam:

> In re mandata non pecunia solum, cuius est certissimum mandati iudicium, verum etiam existimationis periculum est. Nam suae quidem quisque rei moderator atque arbiter non omnia negotia, sed pleraque ex proprio animo facit; aliena vero negotia exacto officio geruntur, nec quicquam in eorum administratione neglectum ac declinatum culpa vacuum est.

Eignes Hauswesen kann im Ganzen jeder nach Gutdünken verwalten, von seinem Fleiße in diesem ist er in der Regel niemanden Rechenschaft schuldig; wer aber sich fremdem unterzieht, wer fremde Geschäfte auf sich nimmt, darf nicht vergessen, daß er im Namen des Andern handelt, daß er es also so gut machen muß, als nur immer der Andere selbst es hätte machen können, kein Versehen, auch das geringste nicht, kann ihm also hingehen, denn der, an dessen Stelle er getreten, oder ein Dritter, den er sich substituirt, hätte es ja vermeiden können.

Das depositum liegt zwischen diesen beiden Fällen ungefähr in der Mitte: wer bei einem Andern eine Sache niederlegt, kann Rechenschaft verlangen, aber nur dann, wenn er zeigen kann, daß jener gewissenlos gegen ihn verfuhr, und entweder grob nachlässig war, oder in Hinsicht dieser in seine Haushaltung, in seinen Gewahrsam, in seine Wehre, wie ein alter Deutscher gesagt haben würde, aufgenommenen Sache nicht der fleißige und aufmerksame Hausvater gewesen sei, der er sonst zu sein pflege, und daher entweder die Sache selbst beschädigt habe, oder sie habe beschädigen lassen. Der Depositar betreibt sein eignes Geschäft, wenn er gleich dabei mit einer fremden Sache zu thun hat, und indem er diese in Acht nimmt, handelt er zwar um des Andern willen, aber doch nicht an seiner Stelle; eben so ist es mit allen andern Contrahenten außer dem Mandatar, dem Geschäftsführer, dem Vormunde; diese betreiben eigne Geschäfte, auch wenn es dabei auf Verwahrung einer fremden Sache ankommt. Daß hier die Gränzen von depositum und mandatum unter Umständen so in einander laufen können, daß man sie kaum zu unterscheiden im Stande ist, wird niemand läugnen wollen; aber dies ist, wie jeder weiß, nicht allein hier der Fall.

§. 95.

Will man denn nun also die Contracte nach allgemeinen Grundsätzen über praestatio culpae classificiren, so muß man dies so machen:

I. es übernimmt jemand Geschäfte als Stellvertreter eines Andern; so geschieht dies entweder

1) freiwillig, so wird ohne Unterschied omnis culpa prästirt: Dritter Grad der praestatio culpae. Dahin gehört

a) der Mandatar;

b) der negotiorum gestor 1). In der Regel haftet er

1) L. 21. §. 3. L. 32. D. de negot. gest. L. 20. C. eod. L. 24. C. de usuris.

nur wegen der Geschäfte, die er wirklich geführt hat, und er ist damit nicht verpflichtet, auch alle übrigen Geschäfte des absens zu führen 1). Verdrängte er aber auch durch seine gestio einen Andern, der sich sonst Aller angenommen haben würde, so muß er für alles, was er aufnahm, und was er liegen ließ, haften 2). Uebernahm er ein Geschäft, was der absens gar nicht zu unternehmen pflegte, in seinem Namen und mit seinem Vermögen, so muß er sogar für den casus haften; aber natürlich kann er, wenn er in diesen *novis et insolitis negotiis* etwas gewann, dies mit dem compensiren, was er darin verlor, denn diesen Gewinn hätte vermuthlich weder der dominus negotiorum selbst, noch ein Dritter für ihn gemacht 3). Im Gegentheil haftet der negotiorum gestor nur für dolus (dolus und culpa lata), wenn er sich einer Sache annahm, die ohne dies sicher zu Grunde gegangen sein würde 4).

2) Er war durch das Gesetz dazu genöthigt, so prästirt er zwar culpa außer dolus, aber er kann sich darauf berufen, daß er diligentia quam suis geleistet habe: Zweiter Grad der praestatio. Dahin gehört der tutor und der curator 5).

II. Eine solche Stellvertretung findet nicht Statt, der Prästant hat aber vermöge der obligatio mit einer Sache zu thun, die entweder schon ganz fremd ist, oder doch, damit sie

---

1) L. 24. C. cit. s. auch oben §. 73.

2) L. 6. §. 12. D. de negot. gest.

3) L. 11. D. eod.

4) L. 3. §. 9. D. eod.

5) S. Cap. 7. §. 71. — *Aendert sich diese praestatio in den Ausnahmsfällen, wo der Tutor ein Honorar bekommt? L. 33. §. 3. D. de administr. L. 1. §. 6. 7. D. de tut. act.

ganz fremd werde, überliefert werden soll; alsdann ist zu unterscheiden:

1) Der Prästant hat keinen Vortheil, der Contract ist von der Art, daß er ihn nicht seines pecuniären Interesses wegen eingegangen ist 1); so prästirt er bloß dolus und culpa lata, er muß es aber auch für dolus gelten lassen, wenn er irgend einer negligentia suis rebus non consueta überführt wird: Erster Grad der *praestatio culpae*. Dahin gehören besonders

a) der Depositar 2). Drang er sich jedoch auf, so prästirt er culpa omnis 3). Dasselbe gilt, wenn er etwas dafür erhielt, was kein eigentlicher Lohn sein sollte 4), denn war es eigentlicher Lohn, so gehört der Fall nicht hierher, obgleich er in L. 5. §. 2. commod. beim depositum angeführt wird;

b) der Universalfiduciar 5);

c) der Singularfiduciar und der Legatar, der sein Legat an einen Dritten heraus geben soll, wenn sie nicht vermöge des Testaments noch sonst etwas bekommen. Ist das letztere der Fall, so muß culpa omnis prästirt werden 6);

d) der Contract in L. 17. §. 2. in f. D. de praescript. verb.;

---

1) Daß er seine Absicht nicht erreicht, macht nichts aus, z. B. ein Verkäufer, der einen schlechten Handel machte, wird darum nicht nur wie ein Depositar verantwortlich.

2) L. 5. §. 2. D. commod. §. 3. I. q. m. r. c. o. L. 1. §. 5. D. de O. et A. §. 17. I. de obligat. quae ex del. L. 1. C. depositi. L. 9. §. 1. D. de duob. reis.

3) L. 1. §. 35. depos.

4) L. 2. §. 24. D. de vi bonor. raptor.

5) L. 22. §. 3. D. ad SCt. Trebell.

6) L. 108. §. 12. D. de legat. I.

e) *der in den Besitz der Güter eingewiesene Gläubiger. L. 9. pr. §. 5. L. 8. §. 3. D. de reb. auct. iud.

2) Er hat Vortheil; so prästirt er culpa und diligentia omnis: Dritter Grad der *praestatio*. Dahin sind folgende Contracte zu rechnen:

a) der Verkauf s. oben Cap. 9.;

b) die Miethe. In L. 23. de R. I. und L. 5. §. 2. commod. wird die locatio conductio im Allgemeinen in die Klasse der Contracte gesetzt, welche culpa außer dolus zur Prästation bringen: in L. 11. §. 3. und L. 13. §. 1. D. locat. wird dies sodann negativ gestellt, es trete in den dort erörterten Fällen Freiheit von Verantwortung nur dann ein, wenn gar keine culpa vorhanden sei (si culpa careret conductor); *nicht anders in L. 9. pr. eod. (sine dolo malo culpaque eius). In L. 25. §. 7. D. eod. von der schon oben mehrmals die Rede gewesen, wird nun aber recht deutlich gesagt, daß die praestatio culpae hier das Aeußerste der culpa begreife. Daß hier kein Ausnahmsfall sein könne, ist ebenfalls schon oben gezeigt worden; auch zeigt es der Schluß des Fragments. Es ist merkwürdig, wie dieser Stelle von Schömann sonderbar mitgespielt worden. Im Handb. Th. I. S. 257. wird sie als eine Beweisstelle angeführt, daß culpa im weiten, aber eigentlichen (was er damit meint, ist schwer zu sagen) Sinne alle schädliche Unthätigkeit im Gegensatz von damnum iniuria datum (schädliche Thätigkeit) bedeute; daselbst S. 308. wird behauptet, es sei am glaublichsten, daß Cajus hier bloß Unthätigkeit aus Versehen gemeint habe; in Th. II. S. 248. endlich wird dagegen, geradezu, und ohne Anführung irgend eines Grundes, und in völliger Vergessenheit der vorigen Behauptungen, nicht allein daß hier eine schuldvolle Thätigkeit

gemeint sei, behauptet, sondern schlechthin gesagt, es sei von der *actio ex Lege Aquilia* darin die Rede. Das alles ist aber falsch, und es ist in der L. 25. §. 7. von dem iudicium locati die Rede, wie ich einem jeden beweisen will, der noch eines solchen Beweises bedarf; ein Fall einer außeraquilischen culpa läßt sich aber hier, wo immer mit Thätigkeit angefangen wird, und diese entweder mittelbar oder unmittelbar die gänzliche oder theilweise Zerstörung hervorbringt, nicht füglich denken. Dennoch muß dies Fragment für dies iudicium überhaupt beweisen, da nicht entfernt auf ein Verhältniß zur Aquilia hingedeutet, sondern alles unter einen Grundsatz gestellt wird, der die diligentia hier so gut trifft, als die culpa, welche nicht zu dieser gehört. Was diesem Beweise jedoch etwa noch abgeht, wird durch L. 28. C. de locato und §. penult. I. reichlich ergänzt. L. 55. pr. D. eod. und L. 4. C. eod. gehören nur in soweit hierher, als die custodia in den Speichern übernommen worden, und zwar für Geld, denn eine für Lohn übernommene custodia ist locatio operarum, und daß hier das periculum custodiae vollaus bis an den casus fortuitus prästirt wird, beweisen nicht bloß diese Stellen, sondern auch L. 40. 41. D. eod. 1).

c) Der Faustpfandgläubiger. In L. 9. §. 5. D. de reb. auct. iud. possid. (Ulpianus) wird die culpa für das pignus so bestimmt, daß non solum dolus malus, verum *culpa quoque* debeatur. Nach L. 30. D. de pignorat. act. (Paulus) soll nur culpa, nicht vis maior prästirt werden 2). In L. 25. D. eod. (Ulpianus)

1) S. noch L. 31. *und L. 60. §. ult. D. eod., durch welche L. 55. u. L. 4. citt. vollends aufgeklärt werden.

2) In dieser Stelle geht periculum auf casus; allein es bezieht sich schon auf die casuelle Begebenheit, von der gerade die Rede war. Für:

ist von instruere pignoratos servos die Rede, und heißt es da: negligere enim creditorem dolus et culpa, quam praestat, non patitur. Nachlässigkeit, Vernachlässigung gehört hier immer zur culpa 1). In L. 22. §. 4. D. eod., wo vom Verkauf des Pfandes und dem dabei vorgefallenen Evictionsversprechen die Rede ist, heißt es: si modo sine dolo et culpa sic vendidit, et ut paterfamilias diligens id gessit. Von einer Aquilischen culpa, obschon von einer culpa in non faciendo, kann hier doch wohl nicht die Rede sein; wenigstens geht hier das mit *et* verbundene: ut paterfamilias id gessit auf dieselbe vorhergenannte culpa außer dolus, die also bloß dadurch näher bestimmt wird, wie sonst durch diligentia (diligentis patrisfamilias) oder auch durch diligentia quam suis etc. Ein nicht vollkommen gut calculirter Verkauf ist hier schon imputable Nachlässigkeit i. e. culpa. L. 19. C. de pignoribus fügt eben so die custodia hinzu: dolum et culpam, sed et custodiam; vis maior soll nicht prästirt werden. In L. 13. §. 1. L. 14. D. de pignor. act. endlich wird das pignus dem Commodat in Hinsicht der praestatio culpae gleich gestellt 2). S. auch noch L. 30. D. eod.

d) Der Usufructuar 3).

e) Eben so der bonae fidei possessor bei der rei vindicatio post litem contestatam 4). Vor der L. C. findet

---

eius periculo ratem fuisse hätte Paulus auch sagen können: eius periculo hunc casum fuisse, wie es in §. 3. I. de emt. heißt.

1) Vergl. oben L. 226. de V. S.

2) S. oben S. 158. ꝛc.

3) S. oben §. 89. in f. Wegen des pecul. adv. s. L. 1. init. C. de bon. mat.

4) L. 45. L 33. L. 51. L. 36. §. 1. L. 63. D. de R. V. L. 16. eod. §. 2. I. de offic. iud.

gar keine obligatio Statt, alſo iſt er nur verantwortlich, wenn er durch dolus eine erzeugt. In unſerer Beziehung kann der dolus hier keinen andern Sinn haben, als daß er den künftigen Kläger hat darum bringen wollen, wie in einer ähnlichen Beziehung in L. 18. §. 1. soluto matrim. vom maritus geſagt wird: eum dumtaxat dolum ei nocere putem, quem propter uxorem adhibuit. Es iſt ein ſolcher dolus hier denkbar, da der Römer die bona fides des Beſitzers lediglich nach dem Anfange des Beſitzes beurtheilte, und auch ſolcher dolus bei bloßer ſpäteren Ungewißheit möglich iſt. An diligentia iſt zu dieſer Zeit noch gar nicht zu denken, alſo auch nicht an diligentia quam suis 1). Der malae fidei possessor haftet als morosus 2). Immer wird hier verlangt, daß der Vindicant noch jetzt ein Intereſſe habe, wenn es auch wegen deſſelben Factums im iudicio Legis Aquiliae nicht darauf ankommt 3).

f) Der Erbe im Verhältniß zu den Legataren und Singularfideicommiſſaren 4).

g) Vor allen Dingen der Commodatar, da er ſogar allen Vortheil *allein* hat 5). Verhält ſich der Fall zufällig umgekehrt, hat der Commodant allein Vortheil, ſo präſtirt der Commodatar wie der Depoſitar nur

---

1) L. 45. cit.

2) L. 15. §. 3. L. 62. §. 1. eod.

3) L. 27. §. 2. eod.

4) L. 50. §. 4. D. ad Leg. Falcid. L. 47. §. 4. 5. L. 59. D. de legat. I. oben §. 44. Vergl. auch L. 91. §. 2. D. V. O. und §. 16. I. de legat.

5) L. 5. D. commod. L. 1. §. 4. D. de O. et A. §. 2. I. quib. mod. r. c. o. L. 14. §. 10. 14. 15. D. de furt. §. 16. I. de obl. quae ex del. nasc. L. 1. C. de commod.

dolus 1). Haben Beide Vortheil, also geschiehet die Verleihung für einen gemeinsamen Zweck, so wird der Fall wie eine societas betrachtet, und gehört unter III.

III. Der Contrahent hat eine gemeinsame Angelegenheit betrieben, mit einer gemeinschaftlichen Sache zu thun gehabt, so prästirt er zwar nicht bloß dolus, sondern auch culpa, aber diese läßt bei der diligentia die Entschuldigung zu, daß man im Eignen nicht fleißiger zu sein pflege. Zweiter Grad der praestatio: hierher gehören:

1) die societas 2);

2) die rerum communio (c. incidens) 3);

3) die Verbindlichkeit des Mannes in Hinsicht der dos, welche nicht auf seine Gefahr steht, sowohl als der Paraphernen, welche ihm zu gemeinsamen Zwecken anvertraut sind 4) *).

---

1) L. 5. §. 10. D. commod.

2) S. oben §. 69.

3) S. oben §. 70.

4) L. 17. pr. D. de iure dot. L. 18. §. 1. in f. L. 24. §. 5. L. 25. §. 1. D. solut. matr. L. 11. D. de pactis conventis. — L. 49. pr. D. solut. matr. L. 33. L. 35. L. 36. L. 49. D. de iure dot. L. 41. §. 3. D. eod. L. 6. L. 21. D. de pact. dotal.

*) Will man sich nun noch die Uebersicht erleichtern, so kann man, ohne die Gründe anzugeben, nach den drei Graden der Prästation classificiren:

1ster Grad: depositum, Universalfideicommiß, Vermächtniß, welches ohne Vortheil herausgegeben werden soll, der Contract in L. 17. §. 2. in f. de praescript. verb., das Commodat, welches bloß zum Vortheil des Commodanten gereicht, das precarium.

2ter Grad: tutela, cura, dos, rerum communio, societas, das Commodat, welches zu beider Vortheil eingegangen wurde.

3ter Grad: das Mandat, die negotiorum gestio, die Tutel und das depositum, wenn der Prästant sich aufdrang, der Kauf, die Miethe, das pignus, die cautio usufructuaria, die obligatio des b. f. possessor post L. C., der Erbe den Legataren, das Commodat.

§. 96.

Dieſer Ueberſicht ſind noch einige Bemerkungen hinzuzufügen:

1) Das precarium gehört in keine dieſer Claſſen, da es überall kein Contract iſt, und keine obligatio dadurch bewirkt wird 1). Es iſt eine bloße Vergünſtigung, die durch Abforderung zu jeder, dem Preciſten gelegenen oder ungelegenen Zeit, oder wenn geweigert wird, durch ein Interdict beendigt werden kann: ſo wenig wie bei der donatio findet hier eine eigentliche actio Statt 2). Daß dies beim Commodat anders war, hatte nicht bloß Nachtheile, ſondern auch den Vortheil für den obligatus, daß er ſich darauf berufen konnte, die bona fides wolle, daß ihm die Sache nicht in Mitte des beabſichtigten Gebrauchs wieder entriſſen wurde 3). Das Commodat war freiwillig im Anfang, verband aber auch den Commodanten, wenn die Sache einmal hingegeben war, das precarium war bis zu Ende aus freiwillig; jenes, nicht dieſes war ein negotium. Die Natur des Interdicts, welches durch keine obligatio, ſondern nur durch eine unrechtmäßige Weigerung oder ein Delict (dolus — culpa lata) begründet war, vertrug ſich nicht mit einer praestatio culpae, und auch die Aquiliſche culpa konnte nicht in Betracht gezogen werden. Aber wer könnte glauben, daß durch dieſen Mangel an obligatio die obligatio ex delicto, welche der Aquilia unterworfen iſt, ver-

1) *Das Interdict ſetzt freilich eine obligatio voraus, dieſe entſteht aber erſt im Augenblick der Weigerung aus dieſer als einem Rechtsvergehen, einem Delict; daher hier vitiosa possessio.

2) *So war es nämlich urſprünglich, und daß ſpäter außer dem Interdict auch eine actio praescr. verb., nach L. 2. §. 2. L. 19. §. 2. de precar. Paul. V. 6. §. 10. gegeben wurde, änderte die Natur des ganzen Verhältniſſes im Geringſten nicht. S. v. Savigny Recht des Beſitzes S. 558. not. 1.

3) L. 17. §. 3. commod.

ändert und auf dolus reducirt werden könnte, wenn eine precario hingegebene Sache Gegenstand derselben wäre. In der That war aber auch unter diesen Umständen, da die Sache immer so gut wie in den Händen des dominus blieb, dieser hinreichend gesichert, da der Precist die Sache auch nicht durch das geringste Versehen beschädigen konnte, ohne sich die actio L. Aquiliae zuzuziehen. — Nur erst die mora konnte auch die culpa außer dolus, welche mit ihr verbunden war, und mit derselben als eine Handlung angesehen werden konnte, in das Interdict hineinziehen, und mora kann hier, wo keine obligatio vorhanden ist, erst durch das Interdict selbst entstehen. — Die in L. 8. §. 3. 6. 8. D. de precario und L. 14. §. 11. D. de furtis vorkommenden Aeußerungen (des Ulpian) hierüber haben also auch einen und denselben Sinn 1) — *Auf ähnliche Art verhielt es sich beim mensor s. oben S. 237 ꝛc.

2) Ein pactum adiectum kann in der Regel gegen die sonstige Natur des Contracts die praestatio culpae willkührlich bestimmen, und auch den casus hinüberziehen, der sonst bei keinem Contract 2) prästirt wird. Nur aber der

---

1) *Gothofredus* ad L. 23. d. R. I. hilft hier wieder wie Andere bei L. 18. in f. pr. D. commod., mit einer Eigenthumsübertragung sub pacto fiduciae aus; davon wußte aber Ulpianus nichts.

2) Nach Römischem Recht wird nirgends ex obligatione der casus prästirt, wie z. B. das Deutsche Recht ihn beim Commodat prästiren läßt; denn ein ganz anderes Ding ist es, wenn ich mich wie beim mutuum verpflichte, nur Stücke von demselben Werth zurückzugeben, oder wie bei der aestimatio venditionis causa, die Entrichtung der bestimmten Summe übernehme: hier geht allerdings das periculum über; aber *praestatio* casus findet nur Statt, wenn ich gerade die Sache und einzig die Sache zu restituiren verpflichtet bleibe, und nun noch dazu schuldig bin, wenn ein Zufall mir dies unmöglich machen sollte, ohne alle meine Schuld dennoch Ersatz zu leisten. S. übrigens L. 1. §. 35. depos. L. 7. §. 15. L. 27. §. 3. de pactis.

dolus darf nicht ausgeschlossen werden; jedoch kann durch Verabredung bewirkt werden, daß die culpa in concreto, nicht aber daß die culpa lata nicht mehr dolus sei 1). Endlich kann indirect Unschädlichkeit des dolus dadurch bewirkt werden, daß man durch ein generelles pactum aller Klage zum Voraus entsagt 2), denn verschenken kann ein Jeder so viel er will.

3) Wird die Sache dem Prästanten geschätzt übergeben, ohne daß eine Veräußerung dadurch geschehen soll, so liegt darin nach der Ansicht der Römer ein stillschweigender Vertrag, daß aller Fleiß im Bewahren angewandt werden solle; ist also der Contract ein solcher, welcher an sich entweder nur dolus und culpa lata 3) oder doch nur custodia minus plena (diligentia quam suis etc.) erfordert, so wird durch die aestimatio die praestatio culpae erhöht, und es muß nun custodia plena geleistet werden, und der Prästant erhält nun auch die actio furti, weil er in dubio für das furtum herkommen muß. Diese Ansicht scheint durchaus verständig und praktisch richtig zu sein, denn wer z. B. einem socius eine zu gemeinsamen Zwecken zu gebrauchende Sache übergibt, und sie ihm dabei zu einem bestimmten Werth anschlägt, falls sie durch seine Nachlässigkeit beschädigt werden sollte, will damit Nachläs-

---

1) L. 23. d. R. I. L. 5. §. 2. commod. L. 1. §. 6. 7. 35. depos. L. 2. §. 23. (24.) D. de vi bonor. rapt. L. 39. D. mand. S. überhaupt oben §. 60.

2) Dies ist der wahre Sinn der Endnote in L. 27. §. 3. cit. vergl. L. 7. §. 15. cit. *u. noch L. 6. §. 9. D. d. act. e. v. L. 11. §. 15. ibid. §. ult. in f. ib.

3) *Daß z. B. bei einem depositum die Sache geschätzt übergeben werden kann, ist nicht zu bezweifeln. L. 52. pr. D. de donat. int. vir et ux. In dieser Stelle wird freilich die gewöhnliche Auslegung, daß die Summe nun nur zu restituiren sei, zum Grunde gelegt. Es ist also ein Depositum irregulare.

sigkeit jeder Art ausschließen, und da er damit vorzügliche Sorgfalt für diese Sache zeigt, so kann er auch bei dem Andern darauf rechnen, daß dieser alle mögliche Sorgfalt anwenden werde. Wir haben, so viel ich weiß, nur eine Stelle (L. 5. §. 3. commod. spricht nicht hiervon), welche dies rechtfertigt, nämlich L. 52. §. 3. D. pro socio 1), aber diese rechtfertigt es auch vollständig. Daß der socius die actio furti nicht haben könne, ist nach §. 83. ausgemacht, nun wird aber in einem Fall, da dem socius Vieh anvertraut war, um es zu weiden, und zwar societatis contrahendae causa, vorher aber eine Schätzung vorgenommen war, gesagt, der Schade sei nur dann gemeinsam, wenn gar kein dolus und gar keine culpa des socius, qui pecus aestimatum accepit, in der Mitte liege, und dies sei nur der Fall, wenn durch eine vis maior, z. B. Raub, Feuersbrunst, welche durch keine Sorgfalt hätten abgewandt werden können, die Thiere umgekommen wären; sonst aber und insbesondere auch, wenn das Vieh gestohlen worden wäre, sei sein der Schade allein, weil er aus dem Grunde der *aestimatio* custodia zu prästiren habe (quia custodiam praestare debuit qui aestimatum accepit). Durch die hierauf folgenden Endworte wird eine aestimatio dieser Art von der aestimatio, welche in L. 5. §. 3. commod. gemeint ist, und z. B. noch in L. 10. pr. L. 16. 18. D. de iure dot. L. 5. 10. C. eod. *L. 3. L. 54. §. 2. D. locat. L. 7. §. 5. in f. D. d. don. i. V. et U. L. 52. §. 3. in f. D. pro socio L. 52. pr. D. de donat. int. V. et U. vorkommt, abgesondert 2).

1) S. oben §. 49.

2) Ueber die Erhöhung der praestatio culpae durch zufällig eintretende Umstände haben wir eine eigne Abhandlung: Hildebrand de augmento culpae. Altdorf. 1701. Es läßt sich denken, daß, um diesen armen Stoff zu einigen Bogen auszuspinnen, die contractmäßige culpa und unnütze Wiederholungen den größesten Theil füllen mußten. Es steht noch zu erwarten, daß

4) Im Fall einer mora wird bekanntlich immer das Aeußerſte, ſelbſt der casus präſtirt; war aber der Gegner in mora, ſo präſtirt er von da an nur noch dolus, wenn er vorher gleich mehr präſtirte 1).

5) *Dem Vorhergehenden ſteht der Fall gleich, wenn einer durch eine contractswidrige Handlung den zunächſt durch casus fortuitus verurſachten Schaden erſt möglich machte, (causam praebuit) L. 18. pr. commodat. L. 1. §. 4. D. de O. et A. L. 11. §. 4. L. 12. D. locat. L. 66. pr. D. solut. matrim. L. 24. §. 4. locat. cf. L. 1. §. 25. D. depos. — L. 13. §. 3. locat. — Auch gehört hierher L. 12. §. 3. D. depos., denn die unrechtmäßige Weigerung ward hier als Urſache des Untergangs präſumirt, ſo wie im Gegentheil im Fall, „si res *sua natura* ante rem iudicatam interciderit, veluti si homo mortuus fuerit," nach L. 14. §. 1. eod., zu präſumiren iſt, daß ſich der naturalis interitus auch bei dem Kläger würde zugetragen haben.

---

auch über die Herabſetzung der culpa eine Diſſertation geſchrieben werde. Im Kern iſt denn auch Hildebrands Schrift ſo recht nüchtern und fade, und kein intereſſanter Punkt iſt befriedigend ausgeführt. Hätte es nur die Menge der Fälle eines ſolchen augmenti, die er aufzählt, gut machen können: an dieſem Vorzug hat er es nicht fehlen laſſen. Die oblatio spontanea wird unbedingt für erhöhend ausgegeben; hier wäre es jedoch intereſſant geweſen, zu fragen, ob denn auch der socius zu mehr als diligentia quam suis etc. verpflichtet werde, wenn er es war, der den Andern zuerſt zur Eingehung der societas mit ihm anreizte; dies iſt denn aber ſo wenig der Fall, als es die Präſtation des Mannes erhöhen kann, wenn er ſich um Frau und dos auch noch ſo angelegentlich bewarb. Natürlich werden auch qualitas rei z. B. Zerbrechlichkeit (L. 25. §. 7. D. locati!) und ars, quam quis profitetur, zu augmentis culpae gemacht u. ſ. w. Das Werklein verdiente nicht über hundert Jahre alt zu werden, aber die Deutſchen haben vor allen andern Nationen das beſte Gedächtniß, wenigſtens in der Literatur.

1) L. 9. D. solut. matrim. L. 17. pr. de peric. et comm. r. v.

6) Bei den negotiis stricti iuris, die nur auf ein dare gerichtet sind, kam gar keine diligentia in Betracht 1).

7) Jeder Contractus innominatus ist, wie der Fall in L. 17. §. 2. praescr. verb., nach den oben aufgestellten allgemeinen Grundsätzen zu beurtheilen und zu classificiren 2).

§. 97.

Es möchte sich der Mühe verlohnen, mit dem so eben vorgetragenen System der praestatio culpae dasjenige zu vergleichen, welches in den Institutionen aufgestellt worden. Hier ist die Doctrin von der culpa bei obligationes, obgleich nicht vollständig für sich allein hingestellt, doch so umständlich und unter Vergleichung mehrerer Contracte abgehandelt worden, daß diese Behandlung in Hinsicht der Wissenschaftlichkeit, wenn auch nicht den Vorzug vor der in den Pandekten, doch auch nicht ihr nachgesetzt zu werden verdient. Man hat bisher die aus den Pandekten hergenommenen Vorstellungen bei Erklärung und Ergänzung des Institutionen-Systems herzugetragen; es dürfte aber gut sein, einmal ganz davon zu abstrahiren, und zuzusehen, was denn in diesem Abriß für Anfänger steht und was nicht darin steht. Darum werden hier die davon redenden Artikel in ihrer Folge durchgemustert und dabei mit des Theophilus Paraphrase verglichen werden.

Zuerst der ganze 15te, (14te) Tit. des dritten Buchs beschäftigt sich fast allein mit der praestatio culpae bei den Realcontracten und, was hier gleich auffällt, es ist bloß von *custodia* die Rede, und immer kommen solche Ausdrücke vor, welche zeigen, daß an die Aquilische culpa gar nicht gedacht worden. Als der erste Realcontract wird das mutuum erwähnt, das Eigenthum gehe hier über und der mutuo accipiens werde nicht

---

1) L. 91. pr. D. de V. O. s. oben §. 34.

2) *Z. B. L. 1. §. 9. 10. D. depos.

verpflichtet, dieſelben Sachen, ſondern nur res eiusdem naturae et qualitatis, wenn auch andere, zurückzugeben, daher könne ihn auch nicht der zufällige Untergang der empfangenen Sache befreien; bei dem Commodat, dem zweiten Realcontract, ſei dies ſchon anders, (§. 2.) der Commodatar habe gerade die individuelle Sache, welche er empfangen, zu reſtituiren, eben daher befreie ihn denn aber auch ein reiner Zufall, obgleich er allerdings (sane) *exactam diligentiam in custodiendo* präſtiren müſſe, und nicht etwa mit der Entſchuldigung auskommen könne, er habe *diligentia quam suis etc.* angewandt, denn es ſei genug, wenn ſchon ein Anderer die Sache fleißiger bewahren können; auch befreie ſelbſt der casus nur, wenn der Commodatar ihn nicht ſelbſt durch ſeine Schuld herbeigezogen, wofür es zum Beiſpiel zu halten ſei, wenn er die geliehene Sache ohne Erlaubniß in die Fremde nehme, und ſie ihm unterwegs abgenommen werde. Dies ſei der Unterſchied des Commodats vom mutuo, von der locatio usus unterſcheide es ſich dadurch, daß bei dieſer der Gebrauch bezahlt werde. Der dritte Realcontract ſei das depositum; auch hier, wie beim Commodat, müſſe dieſelbe Sache zurückgegeben werden, es ſei aber doch der Unterſchied, daß der Depoſitar nur für dolus, und nicht für Nachläſſigkeit (desidia ac negligentia) hafte. Werde daher die Sache geſtohlen, weil jener nicht Acht gab, ſo habe ſich der Deponent über ſich ſelbſt und ſeine eigene Unvorſichtigkeit in der Wahl ſeines Freundes zu beklagen, dem Depoſitar könne er nichts anhaben. Endlich noch ein vierter Realcontract ſei das pignus, auch hier trete nämlich eine Verpflichtung (des creditor) ein, die übergebene Sache zurückzuliefern, aber auch hier ſei es genug, weil beide (alſo auch der debitor auf ſeiner Seite) Vortheil hätten (wie beim Commodat), exacta diligentia zu verlangen; habe der creditor dieſe geleiſtet, ſo könne er ungehindert ſein creditum fordern, und ein *casus fortuitus* könne ihn (ſo wenig als den Commodatar) verantwortlich machen.

Die von mir eingestreuten Parentheſen ſind, denke ich, dem Zuſammenhange, wie ihn jeder Unbefangene herausfühlen wird, gemäß. Dieſer nun gibt folgende Bemerkungen an die Hand: 1) Es iſt hier offenbar die Abſicht, die praestatio culpae bei jedem dieſer Contracte aufs genaueſte zu beſtimmen; dennoch wird das Commodat hier ganz für ſich allein dadurch charakteriſirt, daß dabei diligentia exacta in custodiendo und weder auch der casus, noch etwa nur diligentia quam suis etc. in custodiendo präſtirt werde. Gibt es drei Grade der culpa in abstracto, ſo muß eben ſo gut die culpa levis in custodiendo mehr ſein können, als die diligentia quam suis etc., als es die culpa levissima oder die diligentia s. str. (hier diligentia exacta) ſein kann, denn der Fleiß, den ich mir im Eignen angewöhnt, kann dann ja eben ſo wohl geringer als das oppositum der culpa levis und dennoch ohne culpa lata ſein, als er zwiſchen der diligentia diligentis und der diligentia diligentissimi in der Mitte liegen kann. Läge nun aber, was dann bei dem Commodat vor allem der Fall ſein müßte, eine culpa levis zwiſchen dem, was wirklich zu präſtiren, und der diligentia q. s. in der Mitte, ſo wäre es ja höchſt fehlerhaft, das Commodat dadurch zu charakteriſiren, daß nicht diligentia q. s. präſtirt werde, um ſo fehlerhafter, da der ganze Unterſchied zwiſchen diligentia q. s. und diligentia diligentis etc., wenn man auch die alte Theorie annimmt, nur bei Contracten vorkommen kann, bei denen im Ganzen culpa levis präſtirt wird; um ſo fehlerhafter, da hier der Ausdruck *exacta* diligentia gebraucht worden. So wenig waren doch wohl die Römer ihres Superlativs nicht mächtig, daß ſie ihn auch hier, wo er dann ſo nöthig war, ſollten vergeſſen haben. Ja was noch mehr iſt, derſelbe Ausdruck kommt auch noch nachher beim pignus vor, welches doch nach der alten Theorie nur culpa levis aufnehmen kann. Daß Einige, z. B. Cujacius, hier eine ihnen abgezwungene Conjectur: exactissimam diligentiam wagten, kann ſo wenig etwas ausmachen, als wenn etwa ſchon

früher ein seltener Codex sie aufgenommen haben sollte: das Wörtchen wurde aus der im übrigen fast gleichlautenden Parallelstelle des Cajus L. 1. §. 4. D. de V. O. herübergebracht. Auch darf es nicht beunruhigen, wenn Einige das Wörtchen *sane* vor exactam als verstärkend ansehen; wer Augen hat zu sehen, der wird leicht bemerken, daß es nach dem Zusammenhange nichts weiter sagt, als das, was ich es in meiner Paraphrase habe sagen lassen.

2) Es war noch eine besondere Veranlassung, bei dem Commodat bemerklich zu machen, daß nicht etwa nur culpa levis, sondern das Aeußerste prästirt würde, wenn anders diese verschieden wären, und darauf die Aufmerksamkeit zu richten, daß einseitiger und beiderseitiger Nutzen, auch wenn jener auf Seiten des Prästanten ist, einen Unterschied machten, wenn anders dies sich so verhielte; denn am Ende des §. 2. wird das Commodat mit der locatio usus verglichen, aber da steht von culpa kein Wort, sondern bloß, daß der Unterschied in dem bezahlten und nicht bezahlten Gebrauch liege. Dagegen kommt in diesem ganzen Artikel kein Contract vor, der sich durch praestatio diligentiae quam suis etc. auszeichnet, mit dem also das Commodat in diesem Betracht hätte verglichen, und dadurch jene Bemerkung hätte nothwendig werden können; es sei denn, daß man das depositum dafür gelten lassen wollte, doch davon gleich.

3) Daß Cajus, denn von dem ist diese Stelle gewiß, durch die Ausschließung der diligentia q. s. beim Commodat, dieses nicht mit dem folgenden depositum vergleichen wollen, oder dieses dabei vor Augen gehabt, ist klar, denn sonst hätte er doch wohl bei diesem hier angeführt, daß dies gerade ein Contract sei, bei dem nur diligentia q. s. in custodiendo prästirt werde, es wird aber dagegen nur gesagt, das depositum lasse bloß dolus und keine negligentia zu. Nämlich wie schon bemerkt worden, ist im ganzen Titel bloß von custodia die Rede, und ist also die diligentia quam suis in allem Betracht völlig so beim depositum wie bei den andern Contracten der

societas, tutela etc. zu verstehen; und ist sie mit der culpa lata auch schon dem Worte nach eins, so war es hier gerade recht charakteristisch für das depositum, daß es allein diligentia q. s. zur Prästation bringe. Da nun dieser aber beim depositum nicht, wohl aber beim Commodat derselben erwähnt wird, so sieht man schon hieraus, daß zwischen diesen beiden Contracten noch andere zwischen inne liegen, welche sich auch in Betracht der *praestatio custodiae* dadurch unterscheiden, daß sie weder bloß dolus und culpa lata, noch auch exacta diligentia, sondern einen Mittelgrad der Prästation: diligentia quam suis etc. aufnehmen, und das war denn unsere obige Theorie.

4) Vom pignus wird am Schlusse gesagt, es sei hinlänglich, wenn der creditor exactam diligentiam leiste, für den casus hafte er nicht, und zwar indem auch hier nicht etwa bloß der casus verneint, sondern offenbar die Prästation vollständig mit kurzen Zügen bezeichnet werden soll, wie selbst der hinzugefügte Grund: weil beide Nutzen haben, zeigt. Läge nun noch etwas in der Mitte, worauf sich eigentlich dies sufficit beziehen müßte, so wäre es doch verrückt, so, wie gesagt, zu sprechen, statt richtig zu sagen: Weil beide Nutzen haben, so ist es genug, wenn der creditor diligentia *exacta* leiste, nicht aber (wie wenn er allein Nutzen hätte) erforderlich, daß er diligentia *exactissima* leiste, noch weniger aber, daß er den casus prästire. Wie unklug, hier ein Glied rein zu überspringen: und wenn keins übersprungen ist, so ist damit zugleich erwiesen, daß einseitiger Nutzen des Prästanten und doppelseitiger sich gleich stehen: beim Commodat wird auch vorher der Einseitigkeit des Vortheils gar nicht erwähnt, was sicher nicht wäre verabsäumt worden, wenn es einen so wichtigen Unterschied machte.

Theophilus sagt nichts, was unserer Auslegung widerstritte. Daß er in §. 2. exacta diligentia las, und daß er dem Wort sane keinen den Superlativ ersetzenden Sinn beilegte,

ſieht man deutlich: „At commodatarius *diligenter* (ἐπιμελῶς) tamen commodatum custodiens, non convenitur neque sufficit ei tantam circa commodatum curam ostendere, quantam in suis habet rebus, sed quantam alius diligentior habere potest.“ In §. ult. iſt das sufficit verwiſcht, dagegen zeigen ſeine Ausdrücke, wenn man ſie mit ſeinem ſimpeln ἐπιμελῶς beim Commodat vergleicht, noch klarer, daß er das pignus nicht nachſtellte, und daß er einſah, der Nutzen mit dem andern gelte dem alleinigen Nutzen gleich: „hoc autem pignus in amborum utilitatem inventum est — — utique propter hoc, *tanquam lucrum faciens*, quod de debito sis securus, magnam diligentiam (πολλὴν ἐπιμέλειαν Fleiß in reichlichem Maaße) adhibere debes circa eius custodiam. Sed si fortuito casu contingat pignus perire, impune habebit creditor (ἔξει τὸ ἀνεύθυνον ὁ κρεδίτωρ) et debitum tamen repetet.“ Ich denke doch, mit dieſer reichlichen Befliſſenheit ſtand die diligentia quam suis etc. ſo gut wie beim Commodat im Gegenſatz, und ſicher gränzte jene wie dort an den casus, indem ſie von der Imputation nichts übrig ließ.

Im §. 2. macht Theophilus gleich einen anſehnlichen Fehler, der ſeine Autorität in dieſer Materie merklich verringert. Er ſagt: Multum autem distat commodatum a mutuo, mutuum enim transfert dominium, at commodatum non transfert, atque ideo commodatarius ad restitutionem rei tenetur. *Est autem et alia differentia*, nam mutuum accipiens etsi qualicunque fortuito casu mutuum amiserit, veluti — — — nihilominus obligatus manet; at commodatarius ſ. oben. Das zweite iſt keinesweges annoch ein andrer Unterſchied, ſondern eine ſimple Folge aus dem Erſten. Eine ſolche Darſtellung iſt immer verwirrend und gibt der Erkenntniß eine ſchiefe Richtung.

Dies iſt denn nun die Hauptſtelle in den Inſtitutionen über culpa, indem ſie mehrere Contracte mit einander vergleicht, und deutlich auf die drei Grade der *praestatio* hinweiſt, aber

auch schon für sich allein allen Zweifel aufhebt, ob es vielleicht nicht drei Grade der culpa geben könne.

§. 98.

Bloß vom venditor handelt §. 3. I. de emt. vendit., erweckt aber zugleich ein allgemeineres Interesse durch das, was darin über die suscepta custodia gesagt wird. Sobald der Kauf abgeschlossen ist, heißt es, wenn gleich die Sache noch in den Händen des Verkäufers bleibt, geht das periculum auf den Käufer über, reiner casus also, vis maior, z. B. ein Sklave starb, ein Haus brennte auf, ein fundus ward von Wassersgewalt weggerissen ꝛc., trägt jener nicht; denn (nun kommt erst die praestatio culpae) was immer ohne dolus und ohne culpa des Verkäufers sich ereignete, macht ihn nicht verantwortlich. Wenn hier culpa den mittlern Grad bedeutete, sollte wohl wieder vergessen worden sein, zu bemerken, daß er ja nicht ein mal den noch übrigen Grad der culpa trage? Dies und die Negation mußte ja nothwendig den Anfänger, der von dem dritten Grade noch nichts erfahren, irre führen. Natürlich verstand er das sine dolo et culpa nach den Regeln der Sprache von Abwesenheit aller culpa. Nachdem inzwischen bemerkt worden, daß, so wie den Abwachs, der Käufer auch den Zuwachs, so wie den Schaden, so den Gewinn haben müsse, wird die Frage aufgeworfen: wie, wenn keine vis maior, kein äußerer Vorfall, dem in der Regel menschliche Kräfte überall nicht zu widerstehen vermögen, aber doch ein Zufall die Sache trifft, nämlich ein verkaufter Sklave wird dem Verkäufer gestohlen oder entläuft ihm, und zwar ganz und gar ohne seine Schuld („ita ut neque dolus neque culpa venditoris interveniat"), wie dann? Es muß unterschieden werden, ist die Antwort, ob er die custodia bis zur traditio auf sich nahm, oder nicht, wenn das, so steht dieser Zufall auf seine Gefahr („ad ipsius periculum *is casus* pertinet"), wenn nicht, so ist er frei. Eben so ist es mit andern Thieren, eben so mit andern Sachen. Nur

muß er allerdings seine Klagen: die rei vendicatio, die condictio furti, nicht weniger die actio furti und die Aquilische Klage cediren, die ihm als dominus zustehen.

Ich bitte hier zu bemerken: die Frage war nicht, wie wenn der Sklave floh oder gestohlen wurde, wann ist hier Schuld vorhanden, und daher Verantwortung, und wann nicht; wann konnte dem Verkäufer wegen unterlassener custodia Schuld gegeben werden, wann nicht? Diese oben (§. 87.) erörterte Frage wurde hier gar nicht aufgeworfen; sondern die: wenn er nun gar nicht in culpa war, wenn ihm also auch wegen unterlassener custodia keine Schuld aufgebürdet werden kann, trifft ihn dieser (reine) Zufall auch, oder trifft er den Käufer, wie das Unglück, welches eine überwältigende Naturbegebenheit angerichtet (vis maior), ihn trifft? Man kann einwenden, wie konnte dies zur Frage gestellt werden, da Schuldlosigkeit Schuldlosigkeit ist, und wenn vis maior, eben weil sie Schuldlosigkeit mit sich führt, den Verkäufer von seiner Verbindlichkeit befreit, muß nicht auch ein unverschuldeter Diebstahl ihn immer befreien? wie kann hier ein Unterschied sein? Die Institutionen meinen es anders, sie meinen, es sei noch ein Unterschied, ob custodia ausdrücklich und speciell übernommen worden; wäre das, so könne das natürlich auf vis maior keine Beziehung haben, denn es sei Unsinn, eine Sache gegen Uebermacht schützen zu wollen, wohl aber könne es auf Diebstahl, Flucht und damnum iniuria datum 1) bezogen werden; und zwar so, daß

1) Daß dies mit gemeint sei, zeigt die Nennung der zu cedirenden damni iniuriae actio am Ende; in der That kann auch der Satz: custodia adversus vim parum proficit in L. 31. pr. D. de act. emt. hier gar keine regelmäßige Anwendung finden, und Ulpianus (L. 41. pr. locati) muß gegen Marcellus, wenn gleich dieser in L. 19. C. commod. gedankenlos excerpirt ist, im Ganzen Recht behalten, denn man kann ja sehr oft der Unvorsichtigkeit Anderer, welche die Sache gefährdet (und dies sind ja gerade die meisten Fälle), und selbst ihrer Bosheit vorbeugen; nur daß man seine Gliedmaaßen daran setze, kann nicht verlangt werden; doch darüber s. weiter unten.

die Uebernahme so viel im Munde führe, als, er wolle es schon unmöglich machen, daß dergleichen nicht geschehe, da er denn auf allen Fall dafür einstehen müsse, und mit dem Einwande, er habe es doch nicht können, und sei also ohne Schuld, schlechterdings nicht mehr zu hören sei. Die Richtigkeit hiervon beim Sklaven vorausgesetzt, verstand es sich auch ohne die ausdrückliche Erinnerung von selbst, daß es bei andern Sachen nicht anders sein konnte. Aber eine andere Frage ist: ob das denn richtig sei, und ob nicht vielleicht der Verfasser dieser Stelle, oder der, welcher sie überarbeitet, selbst in Mißverständniß und Irrthum befangen gewesen. Die Entscheidung wird dadurch erschwert, daß hier oft die Sprache einen Unterschied macht, und man nicht mit völliger Zuversicht sagen kann, was denn im gemeinen Leben der vermuthliche Sinn gewesen, wenn eine der Parteien erklärte, se custodiam susceepturum; aber gerade bei dem Hauptfall dieser Stelle, da der Sklave entfloh oder gestohlen wurde, entsteht der große Zweifel, daß nach allem, was in §. 87. über diesen Fall gesagt worden, es doch bei weitem natürlicher sein mußte, jede Clausel auf die in der Regel fehlende, in casu concreto aber eintretende Nothwendigkeit einer besondern Aufsicht über den Sklaven, also nicht auf eine erhöhte obligatio, sondern auf etwas Factisches zu beziehen (entweder es war schon Verdacht gegen den Sklaven, oder der emtor wollte zu seiner Sicherheit, und da er den Sklaven doch noch nicht selbst gebrauchen konnte, eine strengere Aufsicht), mithin auch noch immer die exceptio culpae deficientis, sobald die sorgfältigste Aufsicht dennoch fehlgeschlagen, zuzulassen; das mußte denn aber freilich bei andern Sachen gewöhnlich eine ganz andere Gestalt annehmen 1).

---

1) Vorzüglich aus dieser Institutionenstelle wollte bekanntlich Schömann die Regel herleiten, daß wenn jemand ausdrücklich custodia übernehme, der sie nach der Natur der gerade vorhandenen obligatio ohnehin schon zu leisten verbunden sei, er nunmehr sogar den casus zu prästiren habe.

Theophilus, scheint es, hat sich auch nicht darin zu finden gewußt, er definirt an dem Orte, wo von der Uebernahme der custodia die Rede ist, diese in einer Parenthese dahin, sie sei ἡ ἀκριβεστάτη καὶ ὑπερβάλλουσα παραφυλακή, welches man eine scrupulosissima et superabundans cura, eine höchst subtile und überfließende Sorgfalt im Verwahren übersetzen könnte: aber dies gibt entweder einen mit dem angegebenen Zusammenhang des Originals widersprechenden, oder auch einen über- und aus einanderfließenden Sinn. Dabei bezieht er getreulich die Gleichstellung der andern Sachen mit dem servus recht eigentlich auf den Fall, da custodia übernommen worden, und rechnet sogar einige Thiere auf, von denen ein Gleiches gelten müsse.

Daß dies nicht so unbedingt gelten könne, war mir gleich einleuchtend; ich bezog es aber allein auf furtum und damnum iniuria datum. Durch eine gelegentliche Aeußerung des Herrn Professor v. Savigny ward ich zuerst bedenklich gemacht, und nun gesteh' ich denn freilich aus den im Text angegebenen Gründen ein, daß jene Stelle wenig Unterstützung gewähren möchte. — Gensler a. a. O. S. 62. ist damit im Klaren, daß der casus unbedingt, das „periculum rei custodiendae interitus vel deteriorationis", wie er es nennt, durch jenes Versprechen übernommen werde. Außer der Institutionenstelle und dem Satz: verba cum effectu sunt accipienda, führt er noch an: L. 55. pr. L. 60. §. 9. D. locati L. 4. C. eod., die bekannten, von verpachteten horreis handelnden Stellen, welche aber, so viel ich sehen kann, gar nicht hierher gehören. Dabei wird denn Theophilus zurecht gewiesen, daß er von einer ὑπερβάλλουσα παραφυλακὴ spreche: der Verfasser übersetzt dies übermäßige Obhut. Ja, wenn das die richtige Uebersetzung ist, so muß Theoph. doppelte Streiche leiden, denn übermäßig ist ein tadelndes Wort. Der summa diligentia (nach Gensler der 3te Grad) sei ja im Gegentheil ihr rechtes Maaß und Ziel gesetzt; dabei beruft er sich auf L. 6. D. de iur. et fact. ignor., die doch nur drei Glieder annimmt: supina ignorantia (negligentia crassa, nimia securitas), dilatoria curiositas, und was als Mittelglied dazwischen liegt, und nur dieses Mittelglied gelten läßt. Hier soll doch wohl nicht der rechte Maaßstab für die diligentia summa niedergelegt sein? und wo denn sonst?

§. 99.

So wie in der eben beurtheilten Stelle beim Kaufe die culpa überhaupt und ohne Unterschied des Grades verworfen wird, so auch in §. penult. I. de locat. bei der Miethe. Im Anfange wird gesagt, worüber es an einer lex contractus fehle, das müsse ex bono et aequo prästirt werden; dann werden einige Fälle namhaft gemacht, bei denen es auf *custodia* vorzüglich ankommt, und dann ausgesprochen, so müsse sie geleistet werden, wie sie ein diligentissimus paterfamilias seinen Sachen widme 1); nur Verlust durch Zufall befreie. „Theophilus spricht hier von σφόδρα ἐπιμελέστατος, welches Reitz longe diligentissimus homo übersetzt. Ist dies mehr oder weniger als exacta diligentia in §. 1. und 4. I. quib. mod. r. c. o. und als exactissima diligentia in §. 1. I. de obligat. quae quasi ex contr.? Eine Singularität ist hier sicher nicht vorhanden, schon darum nicht, weil man nothwendig nicht unterlassen konnte, noch wollte, hier die culpa überhaupt bei der Miethe zu bestimmen 2).

---

1) Gensler a. a. O. S. 72. 73. emendirt hier den Text, man möge sich gefallen lassen zu lesen: qui pro usu aut vestimentorum aut argenti aut iumenti, mercedem *nec* dedit *nec* promisit, ab eo talis custodia desideratur, qualem etc. dann wäre vom Commodat die Rede, und solche Digressionen, um nahe angränzende Geschäfte zu vergleichen, seien so recht im Geiste der Römer. — Auf diesem Wege fortgegangen, welche Theorie sollte sich da nicht aus dem Römischen Rechte erweisen lassen?

2) Dagegen erklärt sich auch *Vinnius* ad h. l. mit gutem Grunde. Daß aber auch hier wie in den übrigen Stellen der Institutionen, die Prästation dicht an den casus, welcher allein verneint wird, gerückt ist, glaubt er leicht aus dem Wege räumen zu können: „quod autem, sagt er, hic excluditur casus fortuitus', id non satis argumenti est, culpam levissimam a conductore praestari, nihil enim frequentius est iure nostro, quam ut posita praestatione doli et culpae, quo verbo levis intelligitur, removeatur casus fortuitus, *insuper habito, utrum eo amplius etiam*

Uebrigens ist in beiden Stellen des Gegensatzes von diligentia quam suis nicht gedacht 1). Man darf aber daraus nicht schließen, daß er hier nicht in eben dem Sinn wie beim Commodat gilt. Dieser Gegensatz kommt erst wieder im folgenden Titel, in §. ult. I. de societate vor, von welcher schon oben §. 49. ausführlich die Rede gewesen, aber um anzuzeigen, daß culpa hier auf diligentia quam suis zu beschränken sei. (Theophilus gibt nichts Besonderes.)

Daß sie dagegen bei der negotiorum gestio nicht zu beschränken, sondern vielmehr diligentia exactissima zu leisten sei, sagt §. 1. I. de obligat. quae quasi ex contr. der Vorwurf sei zur Begründung der Klage genug, daß ein anderer Fleißiger dies Geschäft besser geführt haben würde 2).

---

levissima culpa praestetur nec ne, utpote quae rare praestetur, et vix culpa sit." Ja wohl vix culpa sit. Zu §. ult. tit. 15. commentirt er dies so: quae pene modum excedit, et qualem diligentissimus aliquis et unus forte e multis suis rebus adhibet. Es ist merkwürdig, wie verstockt man hier war. — Ueberhaupt ist der vortreffliche Vinnius sehr schwach in dieser Materie, so z. B. gibt er zu, es sei einfältig von Justinian, daß er in dem erwähnten Titel sich desselben Ausdrucks (exacta d.) beim pignus wie beim Commodat bedient habe, aber er versichert treuherzig, er könne doch unmöglich eins und dasselbe dabei gedacht haben u. s. w. Der größeste Fehler aber war, daß er seinen mittlern Grad, die culpa levis, mit der culpa in concreto zusammenmengte. Er konnte sich aber nicht anders retten, da er die Worte: quem hominum natura desiderat in L. 32. depos. richtig von diligentia diligentis patrisfam. verstand. Seine Verlegenheit bekennt er selbst ad §. ult. I. de societ., mit welcher Stelle er natürlich gar nichts anzufangen weiß; nicht Alle waren so aufrichtig wie er, der sich immer durch etwas Gutes auszuzeichnen pflegt.

1) In L. 3. D. de peric. et commod. r. v. geschieht dies aber beim Kaufe, so daß man sieht, es sei nur zufällig unterlassen.

2) Es ist auffallend, daß von der praestatio culpae beim Mandat im tit. I. de mandato und überall nicht in den Institutionen die Rede ist; dies wäre nicht wohl zu begreifen, wenn nicht auch hier schon die alienorum negotiorum gestio an sich den Ausschlag gäbe; s. oben §. 94.

Theophilus spricht hier wieder von einer ἀκριβεστάτη καὶ ὑπερβάλλουσα ἐπιμέλεια, welches Reitz hier: exactissimam et superabundantem diligentiam übersetzt.

Wir müssen uns hierbei noch ein wenig verweilen. Einige haben nämlich die Worte: si modo alius diligentior commodius administraturus esset negotia auf einen bestimmten Jemand bezogen, und gemeint, der Satz sollte sagen: wenn sich nachweisen ließe, daß irgend ein bestimmter Anderer, welcher wegen seines größeren Talents das vorgefallene Versehen nicht würde haben begehen können, sich gewiß oder wahrscheinlich der Geschäfte würde angenommen haben, wenn der Gerirende sich nicht zugedrängt hätte. Abgesehen von dem, was die Grammatik hiergegen zu sagen hätte, und von dem Sinn dieser Formel im Allgemeinen, wovon unten, stehen noch folgende Gründe dieser Auslegung entgegen:

1) es mußte hier in den Anfangsgründen des Rechts darum zu thun sein, die praestatio bei der negotiorum gestio im Allgemeinen zu bestimmen; nehmen wir jenen Sinn an, so würde folgen, daß nur der seltene Fall, da ein seltener Mensch verdrängt worden, gemeint sei;

2) daß hier schon in abstracto das Aeußerste der Imputation eintrete, kann nach dem, was oben über die praestatio culpae bei negotiis gestis überhaupt gesagt worden, keinen Zweifel leiden. Sicher aber wird ein tüchtiges Betragen, eine feste sichere Behandlungsweise erfordert, dazu gehört aber vor allen Dingen, daß man dem fremden Geschäft, was gerade unternommen werden soll, gewachsen sei. Wer aber einer Sache gewachsen ist, der wird sie bei ordentlicher Anstrengung seiner Kräfte glücklich zu Ende führen, wenn ihn nicht ein besonderes Unglück, ein widriges Ungefähr überkömmt, welches menschliche Klugheit nicht voraussehen, menschliche Kraft nicht abzuwehren pflegt. Gesetzt nun, der negotiorum gestor verdrängte wissentlich einen talentvollen Menschen, d. h. er wußte,

dieser wolle sich der Geschäfte annehmen, er kommt ihm aber aus Eifer zuvor, so ist er entweder der Sache nicht völlig gewachsen, und thut daher Schaden, so bedarf es der Vergleichung mit dem Talentvollen gar nicht, um ihn verantwortlich zu machen; oder seine Kraft reicht hin, so bedarf es in der Regel nur seines vollen Fleißes, den mußte er ohne jene Verdrängung anwenden 1). Ereignet sich nun also ein unglücklicher Zufall, z. B. eine Sache, die bei der Administration in seine Hände kam, wird ihm auf eine Art und unter Umständen gestohlen, welche in der Regel jeden Andern entschuldigen würden, so möchte ich doch sehen, wie man es zur bestimmten Erkenntniß bringen wollte, daß ein namhafter Ausgezeichneter unter gleichen Umständen weniger schwach, als die menschliche Natur im Allgemeinen, würde gewesen sein. Wir müssen uns wirklich in Acht nehmen, uns hier in spitzige Spitzfindigkeiten zu vertiefen, damit wir darüber nicht das eigentliche Ziel ganz aus den Augen verlieren.

§. 99. b.

Bei allen obligationes also, bei welchen man sich wohl einen dritten Grad der culpa eingebildet, kommt in den Institutionen der Gegensatz der diligentia diligentis und der diligentia quam suis etc. vor, es wird immer Leistung fremden Fleißes als höhererer Verpflichtungsgrad der Leistung eigenen Fleißes entgegengesetzt, zum sichern Zeichen, daß dieser ganze Gegensatz mit den Graden der culpa überall

1) War zu überlegen, daß das Geschäft mit einer Gefahr verbunden sei, und konnte diese dadurch gehoben oder verkleinert werden, daß er sich das geübtere Talent, die größere Kraft, welche sich darbot, substituirte, so handelte er ja schon darin gewissenlos oder doch unbedachtsam, daß er nicht die stärkeren Schultern unterstellte, und er haftet hier also, wenn das Unglück eintraf, so gut als Fleißigster, denn als Unfleißigster.

nicht, sondern lediglich mit den Graden der praestatio zu thun hat.

Endlich, es ist in den Institutionen keine einzige Stelle, welche von einem dritten Grade der culpa, einer diligentia, wie man sie in L. 5. §. 2. D. commod. und L. 23. D. de R. I. will gesehen haben, redete, keine einzige, welche zwischen solchen Geschäften, die den alleinigen Vortheil des Prästanten, und solchen, die den beiderseitigen Nutzen zum Zweck haben, in dieser Hinsicht unterscheidet. Gäbe es sonst keine Spuren, daß man nur zwei Grade der culpa annahm, und daß culpa außer dolus (culpa levis) in abstracto alles begriff; so würde dieser negative Beweis schon allein hinreichen müssen, denn wie wäre es denkbar, daß man bei der doch wirklich ziemlich ausführlichen, besonders bei den Realcontracten verhältnißmäßig sehr ausführlichen Abhandlung der culpa diesen wichtigen Punkt ganz sollte überhüpft sein, ohne ihn nur zu berühren. In den bisher vorgelegten Stellen sieht man nichts davon, die übrigen, welche noch in den Institutionen von dolus oder culpa sprechen, sind in dieser Hinsicht unbedeutend; nur eine ist noch sehr bedeutend, aber diese zeigt noch zum Ueberfluß recht augenfällig, daß jene ehemals herrschende Theorie der drei Grade ein herrschender Irrthum war.

§. 16. I. de obligat. quae ex delict. Quae de fullone et sarcinatore diximus, eadem et ad eum, cui commodata res est, transferenda veteres existimabant. *Nam ut ille fullo mercedem accipiendo custodiam praestat*, ita is quoque, qui *commodatum* utendi causa accepit, *similiter* necesse habet custodiam praestare. — —

Hätte man sich wohl so ausgedrückt, wenn beim Commodatar ein höherer Grad von Sorgfalt im Bewahren, eine noch fleißigere custodia erfordert würde, als bei der Miethe?

Und nun zum Schluß lese man noch die προθεωρία des Theophilus bei §. 13. I. de o. q. e. d.: „Habe haec in

modum praeviae contemplationis. Qui nobis obligati sunt ex aliquo contractu debent in iis, ad quae tenentur, *nonnunquam solum dolum, nonnunquam et diligentiam* (et curam 1)), aut enim non debent dolum in iis committere, aut non oportet *negligentes* esse in eorum custodia (φυλακή). Sed si quidem *nihil* lucrantur, ex solo *dolo* obligantur: sin autem aliquod iis lucrum obvenit, tunc et *ex negligentia* obligantur; lucrum autem dico non modo pecuniae adquisitionem, sed etiam propositi impletionem.

Nach meinem Urtheile erhellt aus dieſer Stelle, daß Theophilus die Theorie der culpa entweder nicht ganz durchſchaute, oder ſie nicht zu lehren verſtand. Da er bloß von custodia ſprach, ſo konnte er freilich im Groben bloß zwiſchen dolus und diligentia unterſcheiden, wenn er auf die Wurzel der culpa ſah, aber er brachte dadurch den Irrthum in die Köpfe der Anfänger, daß dies die beiden einzigen Präſtationsgrade wären, und was nicht omissio diligentiae wäre, immer als Theil des dolus gelte, und als ſolcher präſtirt werde. Das Original ſpricht auch allenthalben bloß von omissio custodiae, die Stelle bei der societas und negotiorum gestio, (wo aber ſicher nicht an Aquil. culpa, ſondern nur auch und vorzüglich an omissio diligentiae circa custodiam, gedacht wurde) ausgenommen, insbeſondere im tit. quib. mod. r., wie wir geſehen haben; dennoch werden nirgends dolus und diligentia, ſondern vielmehr diligentia quam suis etc. einander gegenüber geſtellt, und die Contracte, welche bloß culpa lata und dolus zulaſſen, deutlich genug, vorzüglich in §. ult. I. de societate mit dürren Worten, aus jenen beiden Präſtationsarten herausgeſchieden.

---

1) τουτ' ἔστι σπουδήν fehlt bei Fabrot. ganz, es iſt aber recht ausdrucksvoll und nur durch et curam ſchlecht übertragen, es heißt: recht eigentlicher, befeuerter (durch Eifer oder gar Parteiſucht, daher dieſe ſelbſt) Fleiß, mit einem Worte: Befliſſenheit.

Auf der andern Seite ist aber auch nichts klarer, als daß Theophilus, der diese Paraphrase schrieb, nichts von einem dritten Grade der culpa, oder einem Unterschiede zwischen Contracten, welche zweiseitigen, und solchen, welche einseitigen Vortheil der Prästanten bezwecken, wußte, denn solches hätte er weder augenblicklich verkennen, noch hier zu lehren verabsäumen können.

Zwölftes Capitel.

Einzelne Erörterungen und Reflexionen.

I.

Es ist den Römern mehrmals zum Vorwurf gemacht worden, daß sie in dieser Materie so wenig feste Bestimmungen aufgestellt, und so Vieles der Willkühr und speciellen Beurtheilung des Richters überlassen haben. Mich dünkt, es gehört eben kein großer Verstand dazu, um einzusehen, daß dieser Vorwurf durchaus grundlos sei. Dennoch muß auch ich die Beschuldigung fürchten, daß ich bei mehreren Gelegenheiten, z. B. durch meine Art, die L. 54. §. 2. D. de A. R. D. (§. 66.) auszulegen, dies arbitrium, wo möglich, noch erweitert habe. Dagegen kann mich nur das Bewußtsein schützen, daß ich treulich berichtet habe, wie die Römer es ansahen. Ich habe es überhaupt niemals für möglich oder für wünschenswerth gehalten, den Richter in allen Rechtsangelegenheiten unter den Buchstaben eines geschriebenen Gesetzes zu zwängen, vollends habe ich es mir nie klar machen können, wie man bei geschlossenen Gerichten, bei heimlichen Zeugenverhören, bei einer durch das ganze Civil- und Criminalrecht fortlaufenden Imputationslehre 1), und den dadurch nothwendigen feinen Untersuchungen u. s. w., wenn auch nur durchweg das freie Urtheil und die freie Untersuchung des Richters

1) Vergl. Möser Osnabr. Gesch. Abschn. I. §. 19.

unnöthig und, ohne jedesmalige Verantwortung, unmöglich machen will. Ueber dieses Capitel ließe sich Vieles sagen, wozu hier der Ort nicht ist. Das Resultat wird aber hoffentlich immer sein, daß man vor allen Dingen, wenn das Recht gut gehandhabt werden soll, für kluge und rechtschaffene Richter, die Zeit und Gelegenheit und Willen gehabt haben, sich mit dem Geist des Rechts bekannt zu machen, sorgen müsse, und daß für diese in manchen Theilen der Jurisprudenz, namentlich in der Materie von der Zurechnung, eine geschickte, einfache, naturgemäße Instruction, so wie sie die römischen Juristen gerade hier gegeben haben, vollkommen hinreicht, theils um sie zu belehren, theils um sie in vorkommenden Fällen ihren Obern verantwortlich zu machen.

Was die Römer und ihre Sache betrifft, so können sie, meine ich, jeder Vertheidigung entbehren; damit man aber in die Wahrhaftigkeit meines vorerwähnten Berichts nicht schon a priori Zweifel setze, so möge hier noch ein recht auffallendes Beispiel stehen, wie wenig die Römer in unserer Lehre daran dachten, dem Richter die Hände zu binden.

L. 61. §. 6. D. de furtis. Africanus lib. 8. Quaestionum. Circa commodatum autem merito aliud existimandum, videlicet quod tunc eius solius commodum, qui utendum rogaverit, versetur. Itaque eum qui commodaverit, sicut in locatione, nisi 1) dolo quid fecerit, non ultra pretium servi quid amissurum. Quin etiam paulo remissius circa interpretationem doli mali debere nos

1) Diese Lesart habe ich im Ms. Regiom. gefunden; daß die Florentinische Lesart: si dolo quid fecerit, keinen erträglichen Sinn gebe, hat man schon früh gefühlt, daher wohl die Lesart: si *non* dolo etc., welche die Haloandr. und mehrere vulgat. editt. haben, entstanden sein mag. Diese Verbesserung ist aber ganz unschicklich, da der Sinn um nichts besser dadurch wird. Die im Text aufgenommene würde schon als bloße Conjectur ohne Bedenken vorzuziehen sein, da sie die einzige ist, welche im Zusammenhange einen richtigen Sinn gibt, und allen Schwierigkeiten ein Ende macht.

versari, quoniam, ut dictum sit, nulla utilitas commodantis interveniat.

Der Zusammenhang ist dieser. Es kommen zuvörderst in der Lex einige Fälle vor, in welchen eine Noxalverbindlichkeit angenommen wird, wenn der Sklave gestohlen hat. Beim Faustpfand wird besonders erwähnt, daß, wenn der Schuldner wußte, er übergebe einen diebischen Sklaven, und nun der Gläubiger von ihm beraubt wird, jener mit einer noxae deditio nicht frei kommen könne, sondern allen Schaden unbedingt ersetzen müsse. Aus dem Folgenden (verb.: Et sicut in superioribus contractibus etc.) sieht man, daß in der Schrift des Afrikanus schon vorher von der Miethe und dem Kauf dasselbe (nämlich wenn der vermiethete, der verkaufte Sklave den Miether, den Käufer bestahl) behauptet worden, was sich sonst auch schon von selbst verstünde. Bei den genannten Contracten kommt es in diesem Falle natürlich immer darauf an, ob scientia, also dolus, vorhanden war, und nur beim Verkäufer ist noch zu berücksichtigen, ob er mit Hinsicht auf diesen Fehler ein Versprechen geleistet oder nicht. Eine *culpa außer dolus kommt hier* überall nicht in Betracht, da eine Nachlässigkeit (Mangel an einem bestimmten Fleiß) hier entweder gar nicht denkbar ist, oder doch ganz außerhalb der obligatio liegt. Nun fragt es sich, wie ist es beim Mandat, wie beim depositum, wenn der für den mandans gekaufte Sklave den Mandatar, wenn der deponirte Sklave den Depositar bestahl? Daß der mandans, der deponens, qua dominus, *wenigstens* den Sklaven müsse noxae dare, hat keinen Zweifel, dann verlöre er aber nichts als den Werth des Sklaven, d. h. den Sklaven selbst; es fragt sich aber, soll er nicht *mehr* (ultra pretium servi) erstatten, also den ganzen Schaden? Dies wird in §. 5. unbedingt bejahet, und zwar bei beiden Contracten aus zwei Gründen, wovon einer als beiden gemeinschaftlich, ein anderer bei jedem besonders angeführt wird. Der besonders angeführte Grund ist:

1) beim Mandat, daß ihn als Repräsentanten der Schaden getroffen;
2) beim depositum, weil hier in der Regel ein reiner Dienst erzeigt werde, Niemandem aber seine Güte zum Schaden gereichen dürfe.

Der gemeinschaftliche ist: sie seien beide auf allen Fall *in culpa*; der Mandant, weil er zum Kauf eines bestimmten Sklaven keinen Auftrag geben müsse, ohne gewiß zu wissen, daß dieser kein Dieb sei. — Dies scheint auffallend, aber es ist richtig, denn entweder das, oder er müßte sich oder seinem Beauftragten von dem Verkäufer das Versprechen geben lassen, daß der Sklave nicht diebisch sei, da denn dieser den Schaden ersetzen muß; — der Deponent, weil er einem Freunde keinen Sklaven hingeben mußte, von dem er sich nicht vorher die Ueberzeugung verschafft hatte, daß er nicht diebisch sei, oder auch er mußte ihn warnen. Dies sagen die Worte: quod non fuerit diligentior circa monendum, qualem servum deponeret, da es nach dem ganzen Zusammenhange auf den Fall, da er wußte, der Sklave sei diebisch, allein nicht gehen kann; sein Versehen lag darin, daß er sich nicht durch schuldigen Fleiß in den Stand setzte, zu warnen, wo zu warnen war. Dieser Grund scheint auch beim depositum nicht ganz durchgreifend, da es sich ja denken läßt, daß der Deponent eine gegründete Ueberzeugung von der bisherigen Unschuld des Sklaven hatte, und dieser wider Erwarten nun doch sich verführen ließ. Auf allen Fall paßt er auf die vorher beurtheilten Contracte: venditio, locatio, pignus gar nicht, denn bei diesen ist natürlich zu solchem Fleiß gar keine Schuldigkeit vorhanden; wohl zu merken, daß hier nicht der Grad, sondern die Richtung des Fleißes, welche verlangt wird, verschieden ist.

In unserm §. 6. wird denn nun die Frage beantwortet: wie ist es beim Commodat, wenn der commodirte Sklave den, qui utendum rogavit, bestahl? Ist es dem depositum gleich zu stellen, und also der Schaden nur bedingt zu erstatten, oder

der locatio, so daß der Commodant nur dann mehr als den Werth des Sklaven, d. h. ihn selbst durch noxae deditio, verliert, wenn er um die Gefährlichkeit des Sklaven wußte, also seines dolus wegen den ganzen Schaden zu erstatten hatte. Natürlich, meinte Africanus, sei dieses letztere zu behaupten, denn der Commodatar habe nicht bloß Vortheil, wie der conductor (der Käufer, der Pfandgläubiger u. s. w.) auch habe, sondern er habe sogar allein Vortheil, und könne also noch viel weniger, wie diese, darauf Anspruch machen, daß der andere Contrahent die oben entwickelte besondere diligentia circa monendum anwende, noch sich auf ein officium von seiner Seite berufen. Ja, eben wegen jenes einseitigen Vortheils müsse man sogar circa interpretationem doli mali paulo remissius versari, d. h. nicht etwa, wie die Glosse meint, alle culpa lata, also den Fall, da die Nichtwissenschaft sonst immer so gut ist wie die Wissenschaft (von dieser wunderlichen Anomalie ist hier keine Spur) ganz von der Prästation ausschließen, sondern nur strenger wie sonst beim Beweise sein, und nicht anders verurtheilen, als wenn man sich von der Wissenschaft oder von dem grobverschuldeten Nichtwissen, dem non eum scivisse, quod omnes sciebant, eine vorzüglich vollständige Ueberzeugung verschafft habe. Nur daß bei der culpa lata die Fälle der Ungewißheit häufiger, und also diese gelindere Auslegung leichter eintreten könne, ist zuzugeben; an eine culpa in concreto aber gar nicht zu denken 1).

II.

In Hinsicht der culpa in concreto sind oben (§. 57.)

---

1) Ueber die Verpflichtung des Mandanten wegen des in seinem Auftrage gekauften diebischen Sklaven u. w. d. a. scheint Paulus nach L. 26. §. 6. 7. in etwas anderer Meinung gewesen zu sein, allein es kam in unserer Untersuchung hierauf gar nicht an. Vergl. auch noch über diesen Punkt L. 21. §. 2. D. de act. rer. amot., und L. 22. D. commod.

zwei einander entgegenstehende Präsumtionen aufgestellt worden, die in der Verschiedenheit der Contracte, wobei sie behauptet werden, ihren Grund haben. Dort ist, wie es mir vorkommt, aus den einzelnen darauf zu beziehenden Stellen, aus der Art, wie die Römer hierüber bei verschiedenen Contracten sich verschieden ausdrücken, aus der ganzen Fassung der doch gewiß nicht nur so leichtsinnig hingeworfenen Prästationsbestimmungen, endlich aus der Natur einzelner Contracte und ihrer Verhältnisse, zur Genüge gezeigt worden, wie unumgänglich nothwendig es sei, diese Präsumtionen anzunehmen, wenn man nicht ohne Noth unauflösliche Knoten sich gefallen lassen wolle. Dabei könnte es jedoch auffallen, daß die Römer hier nicht wörtlich von Präsumtionen sprechen. Dieses Auffallende muß aber schwinden, sobald man gewahr wird, daß, selbst schon in unserer Materie, auch andere eben so unläugbare Präsumtionen vorkommen, bei denen gleichfalls diese buchstäbliche Erwähnung fehlt, und nur die Regel schlechthin aufgestellt, das Gewöhnliche und daher zu Vermuthende in einem schlichten Satz aufgefaßt, kaum aber die Ausnahme und an andern Orten, ohne das Verhältniß der Präsumtion anzudeuten, hinzugefügt wird. Sie hielten dies für hinreichend, wie es denn auch bei gerader, unbefangener Beurtheilung, bei nicht oberflächlicher Kenntniß der Sache und des ganzen Zusammenhanges wirklich ist. Eben wie die Römischen Juristen bei einigen Contracten zu erkennen geben: es wird dolus und culpa lata prästirt, nicht levis, es sei denn, daß die letztere (erweislich) durch den concretiven Charakter so gut wie dolus und culpa lata wird, wie sie bei Anderen sagen: der Contract läßt nicht bloß dolus und culpa lata, sondern auch culpa levis zu, und zugleich oder, wie oft, erst anderswo bemerklich machen, daß diese culpa levis im vorliegenden Falle auf eine (erweisliche) culpa in concreto zu beschränken sei, ohne jemals das von uns in Klammern geschlossene Prädicat „erweislich" wörtlich hinzuzusetzen, oder ausdrücklich zu sagen, daß in einem Fall dem, welcher die

culpa lata behaupte, in dem andern dem, welcher die culpa levis beschränken wolle, der Erweis obliege; ebenso wird schlechthin bei der actio furti gesagt, wer custodia zu prästiren habe, müsse für das furtum (versteht sich, was ohne Einbruch geschieht) herkommen, und habe deshalb die actio furti, und nur hie und da beiläufig zu verstehen gegeben, daß eine Nichtverletzung der custodia sich hier denken lasse, daß aber jene allgemeine Regel eigentlich nur durch eine Präsumtion gebildet werde, nirgends erwähnt, ja, was die Aehnlichkeit mit jenen Präsumtionen vollendet, es wird zuweilen bei dieser actio furti wegen derselben Thatsache, nach Unterschied der Beziehungen bald culpa (des Verkäufers zum Käufer, des Pfandgläubigers zum Pfandschuldner), bald nicht culpa (Beider zum Diebe) angenommen.

Daß dem so sei, ist oben ausgeführt worden; allein es gibt hier noch ein anderes Beispiel, welches um so merkwürdiger ist, da es, wie dort die verschiedenen Classen der Contracte unter sich, so mit dem furtum einen gleichen und reinen Gegensatz bildet. Beim damnum iniuria datum nämlich fand gerade das Umgekehrte Statt: hatte es ein Dritter der zu custodirenden Sache zugefügt, so ward vermuthet, daß der custodiens ohne Schuld sei; theils quia custodia contra vim parum proficit, theils weil man die meisten Sachen nicht so hinlegen kann, und der sorgfältigste Hausvater sie nicht so hinlegen wird, daß nicht irgend ein Fremder sollte hinzukommen, und sie durch Bosheit oder Unvorsichtigkeit beschädigen können. Dies macht aber natürlich nur die Regel aus, und es versteht sich von selbst, daß damit der Beweis nicht ausgeschlossen sei, der zur custodia im Allgemeinen Verpflichtete habe sich von dem Dritten eines solchen Schadens versehen, und durch Vorkehrungen die Gewaltthätigkeit, die Bosheit, die Unbesonnenheit abwenden können. Wer gewarnt, daß ein Anderer auf Gelegenheit passe, die fremde Sache zu zerstören, solcher Gelegenheit nicht ausbeugt, wer, indem Jemand mit einem Lichte

mehrmals dem fremden Spiegel in seiner Gegenwart so nahe kommt, daß das Zerspringen des Spiegels zu befürchten ist, gar nichts thut, um ihn davon abzuhalten, kann nicht ohne Schuld sein, wenn nun wirklich geschieht, was zu fürchten und durch vernünftige Maaßregeln zu verhüten war.

Ohne Ungerechtigkeit läßt sich diese Sache gar nicht anders bestimmen, als daß man hier in der Regel Unschuld annimmt, und nur Verantwortlichkeit zuläßt, wenn aus erwiesenen Umständen die Schuld besonders hervorgeht; und es würde ebenso vergeblich sein, beim damnum iniuriae alle Schuld, als beim furtum alle Unschuld abläugnen zu wollen. Aber wie drücken sich die Römer hierüber aus? Als L. 19. D. commodati findet man ein Fragment von Iulianus, welches so lautet:

„Ad eos, qui servandum aliquid conducunt, aut utendum accipiunt, damnum iniuria ab alio datum non pertinere, procul dubio est. Qua enim cura aut diligentia consequi possumus, ne aliquis damnum nobis iniuria det?“

Stände dieses Fragment allein in unserm Gesetzbuche, so könnte man versucht sein anzunehmen, die Römischen Juristen hätten gemeint, beim damnum iniuria datum, das von einem Dritten herrühre, könne der ad custodiendum obligatus schlechterdings nicht zur Verantwortung gezogen werden, weil er niemals in culpa sei, und Justinian habe dies zum Gesetz erhoben, und doch konnte kein Gesetz und kein Justinian die Ausnahmsfälle, da er schuldig ist, aus der Welt bringen. Daß aber die vernünftige Beschränkung der in L. 19. allgemein ausgesprochenen Sätze hinzugefügt worden, ist, da es unter einem andern Titel, in einer andern Materie als Correctur des Marcellus geschehen, in der That nur zufällig. Wäre es also nicht, so müßte man, auch ohne des Marcellus Hülfe, doch wie dieser festsetzen, Julian und der Compilator hätten die Fälle der Schuld hier nur augenblicklich übersehen und sich zu allgemein

ausgedrückt, die Regel ohne die Beschränkung aufgestellt; denn offenbar war es ja Beiden nicht Absicht, die Fälle der Schuld zu decken, sondern nur die gewöhnlicheren Fälle der Unschuld als straflos darzustellen. Der Irrthum war bloß factisch, und traf im Geringsten die Rechtsmeinung nicht. — Nun haben wir aber freilich jene Beschränkung in L. 41. locati. In L. 40. daselbst (von Gaius lib. 5. ad Edictum provinciale) heißt es:

Qui mercedem accipit pro custodia alicuius rei, is huius periculum custodiae praestat;

periculum custodiae heißt hier nicht casus, sondern die Gefahr, welche Gegenstand der custodia ist, d. h. welche durch die custodia abgewandt werden kann und soll. Daß er Geld bekommt für die Bewahrung, darauf soll hier kein besonderes Gewicht gelegt werden; schon nach L. 19. commod. cit. stehen sich der qui servandum aliquid conducit, und der qui utendum accipit, hier völlig gleich. Es kam hier unter dem Titel locati nur auf die Bestimmung des ersteren Falles an. Dann fährt Ulpian (lib. 5. ad Edictum) in L. 41. fort:

Sed de damno ab alio dato agi cum eo non posse, Iulianus ait: „Qua enim (Worte des Julian, unwesentlich verändert s. ob. L. 19. commod.) custodia consequi potuit, ne damnum iniuria ab alio dari possit.“ Sed Marcellus interdum esse posse 1) ait, sive custodiri potuit, ne damnum daretur, sive ipse custos damnum dedit. Quae sententia Marcelli probanda est.

Custodire (custodiri potius) heißt hier, eine besondere Veranstaltung, eigene Maaßregeln treffen, um dem Dritten die Beschädigung unmöglich zu machen. Dies steht zuweilen in der Macht des obligatus, und da ist er denn auch in culpa, wenn er von dieser keinen Gebrauch macht 2). Das interdum

1) Nämlich daß die Abwendung des Schadens durch custodia zu bewirken sei. Die Lesart agi für esse sieht mir wie eine vermeinte Verbesserung aus.

2) So wird auch in L. 13. §. 7. D. locati (Ulp. lib. 32. ad Edict.)

macht es nun klar genug, wie die Beschränkung eigentlich gemeint war, aber von Vermuthung und Beweis, was doch damit unläugbar zusammenhängt, ist auch hier gerade nicht die Rede. Das Wort: sive ipse custos damnum dederit führt hier jedoch wieder zu einer andern Vermuthung, die denn auch wieder in dieser Stelle gar nicht als Vermuthung, sondern schlechthin allgemein ausgedrückt ist. Unmöglich kann doch der, welcher einen sonst als zuverlässig erkannten Menschen die gefährdete Sache bewahren läßt, in culpa sein, wenn dieser wider alle Erwartung nun der Sache selbst ein Leides zufügt, und warum soll er denn (von der Noralverbindlichkeit, die hier gar nicht in Anrege kommen konnte, abgesehen) dafür haften? Um dies zu erklären, müssen wir andere Stellen herüberziehen. Zuerst stellt die Verbindlichkeit eben so allgemein auf:

L. 24. §. 7. D. locati. Paulus lib. 34. ad Edictum.

Qui columnam transportandam conduxit, si ea, dum tollitur aut portatur aut reponitur, fracta sit, ita id periculum praestat, si qua ipsius *eorumve*, *quorum opera uteretur*, culpa acciderit: culpa autem abest, si omnia facta sunt, quae diligentissimus quisque observaturus fuisset etc.

Es ist hier von einem Fall die Rede, in dem jeder tüchtige Mensch (diligentissimus quisque) viel Sorgfalt anwenden wird; thut er diqs nun nicht, oder thun es die Leute nicht; welche er zur Fortschaffung der Sache angestellt hatte, so muß er dafür herkommen; beides scheint hier ganz gleich beurtheilt zu werden, und doch läßt es sich unläugbar denken, daß er im letztern Fall selbst ohne Schuld war. Eben so

---

der conductor geradezu verantwortlich gemacht, wenn der eingedrungene Feind Zerstörungen vornahm, „si resistere potuit et non resistit“ versteht sich daß man es hier mit dem Können nicht zu genau nehmen, und nicht verlangen muß, daß der Miether seine eigne Haut daran wage. Ohne Zweifel mußte er aber seine Sklaven zum Widerstande aufbieten, wenn ihre Zahl hinreichend überlegen war.

L. 20. §. f. D. de praescriptis verbis. Ulpianus lib. 32. ad Edictum.

Si cum emere argentum velles, vascularius ad te detulerit et reliquerit, et cum displicuisset tibi, servo tuo referendum dedisti, et sine dolo malo et culpa tua perierit, vascularii esse detrimentum, quia eius quoque causa sit missum. *Certè culpam eorum, quibus custodiendum perferendumve dederis*, praestare te oportere, Labeo ait; et puto, praescriptis verbis actionem in hoc competere. Ferner in

L. 10. §. 1. commodati (Ulpianus lib. 29. ad Sabinum):

„Si rem inspectori dedi — — — et si, dum refertur, periit, si quidem ego mandaveram per quem remitteret, periculum meum erit; *si vero ipse, cui voluit, commisit, aeque culpam mihi praestabit, si sui causa accepit.*“

Hier wird aber in L. 11. (Paulus lib. 5. ad Sabinum) mit dem wahren Sinn und Grund der Regel auch zugleich die Beschränkung angegeben:

„Qui non tam idoneum hominem elegerit, ut recte id perferri possit.“

Niemand kann nämlich von dem, welcher die Bewahrung oder Fortschaffung einer fremden Sache übernahm, oder der sie dem Andern wieder zuzustellen hat, oder endlich von jedem, der ein Geschäft für den Andern, oder in Beziehung auf seine Sache zu vollführen hat — den Fall ausgenommen, da auf selbsteigene Ausführung die Absicht stillschweigends oder ausdrücklich gerichtet war — mehr verlangen, als daß er einen tüchtigen, bewährten Menschen (hominem idoneum) dazu anstelle. Beging nun dieser eine Uebereilung, deren man sich aber nicht von ihm versehen konnte, zeigte dieser eine nicht zu erwartende Schwäche oder Bosheit, so bleibt jener ohne Verantwortung. Dies wird deutlich bestätigt durch

L. 20. D. commodati. Iulianus lib. 3. ad Urseium Ferocem.

Argentum commodatum si tam idoneo servo meo tradidissem ad te perferendum, ut non debuerit quis aestimare 1) futurum, ut a quibusdam malis hominibus deciperetur, tuum, non meum detrimentum erit, si id mali homines intercepissent.

Ein damnum iniuriae hatte der Sklave hier nicht begangen, also konnte eine Noxalklage nicht Statt haben; wie ein idoneus homo hatte er sich in diesem einzelnen Fall aber auch nicht aufgeführt: hätte etwa der Herr selbst sich so hinters Licht führen lassen, so wäre er ohne Zweifel verantwortlich. Nun hat aber dieser völlig seine Pflicht gethan, indem er einen ihm sonst als tüchtig bekannten Menschen auswählte, mithin trifft nicht ihn, sondern den Andern der Schaden. So spricht auch über die Sache

L. 21. §. ult. D. de negotiis gestis. Paulus lib. 9. ad Edictum.

Mandatu tuo negotia mea Lucius Titius gessit; quod is non recte gessit, tu mihi actione negotiorum teneris: non in hoc tantum, ut actiones tuas praestes, *sed etiam quod imprudenter eum elegeris, ut quidquid detrimenti negligentia eius fecit, tu mihi praestes* 2).

Aber nun bleibt nur noch die Frage, soll man dem, welcher sagt, der Mensch ist sonst tüchtig, dies auf sein Wort glauben, und vor dem Andern, der ihn zur Verantwortung zieht, den Beweis des Gegentheils verlangen? Dies würde durchaus unbillig sein, da der Letztere selten die Leute kennt; vielmehr muß man im Zweifel annehmen, daß der, welcher sich schlecht aufführte, auch schlecht gewählt worden. Nicht undeutlich wird dies durch L. 11. cit. in Zusammenhang mit

1) Die Lesart existimare ist eine schlechte Verbesserung.

2) *Vergl. noch L. 45. §. 1. D. famil. ercisc.

L. 10. eod. zu verstehen gegeben, durch jene allgemeinen und apodictischen Sätze aber außer Zweifel gesetzt 1); nur ist von Vermuthung und Beweis auch hier nirgends geradezu die Rede. Der obligatus hat hier aber auch nichts Anderes zu beweisen, als daß der Mensch schon vorher zu ähnlichen Dingen von gleicher Wichtigkeit gebraucht worden, und seine Sache immer gut gemacht hat, was in der Regel leicht sein wird. Eben darum hat auch diese ganze Präsumtion keinen Sinn in solchen Fällen, wo eigentlich von keiner Wahl der Leute die Rede sein kann, also z. B. wenn mein Dienstbote mit Feuer Schaden angerichtet hat, denn nicht eigentlich verdächtigen Dienstboten muß man Feuer anvertrauen, wenn man sie überhaupt brauchen will. Hiermit stimmt überein

L. 11. D. de periculo et commodo rei vend.

Si vendita insula combusta esset, cum incendium sine culpa fieri non possit, quid iuris sit? Respondit: quia sine patrisfamilias culpa fieri potest, neque si servorum negligentia factum esset, continuo dominus in culpa erit; quam ob rem si venditor eam diligentiam adhibuisset in insula custodienda, quam debent homines frugi et diligentes praestare, si quid accidisset, nihil ad eum pertinebit.

Die in der Anfrage enthaltene Behauptung, daß der Brand eines Hauses von innen aus nicht ganz ohne Schuld entstehen könne, oder wie es im L. 3. de officio praefecti vigilum von

1) S. auch noch L. 5. §. 13. commod. L. 23. §. 1. pro socio. L. 11. pr. locati. *L. 16. §. 1. D. d. R. V. Nach allen angeführten Stellen ist die Sache lediglich auf culpa zu reduciren, und ob culpa vorhanden sei und sein könne, ist allemal eine factische Untersuchung, worüber kein Recht zum Voraus etwas bestimmen kann. Gar nicht hierher gehören L. 31. §. 9. 11. 14. D. de Aedilitio edicto; denn es lag schon im Geist dieses auf Billigkeit gegründeten Instituts, daß der, welcher auf Rückgabe antrug, die culpa familiae unbedingt prästiren mußte; vergl. L. 1. §. 1. eod. — *Deutlich bestätigend ist annoch L. 60. §. 7. locati.

Paulus richtiger ausgedrückt wird, daß „plerumque incendia culpa fiunt inhabitantium," auch zugegeben, so folgt doch nicht, daß der Herr selbst Schuld daran sei, oder für die Schuld der Seinigen herkommen müsse; von ihm ist nichts weiter zu fordern, als daß er die allgemeine Aufsicht über Feuer und Licht führe, die man von einem rechtschaffenen Hausvater billiger Weise erwarten und verlangen kann. Hier ist also die Vermuthung gerade umgekehrt; daß aber doch wirklich auch hier eine Verantwortlichkeit eintreten könne, ergibt sich auch noch aus L. 30. §. 4. D. locati, wo ein Gewicht darauf gelegt wird, daß die Contractsclausel: „ut incorruptam (villam) redderet, praeter vim et vetustatem", die vis domesticorum und den Fall, da einer von diesen das Haus anzünde, nicht in sich schließe.

III.

Daß der Ausdruck: si alius diligentior etc. etc. in §. 1. in f. I. de obligat. qu. quasi ex contr. §. 2. I. quib. mod. re contr. L. 1. §. 4. de O. et A.

nicht auf eine Vergleichung mit einem ausgezeichneten Dritten, der etwa denkbar oder jedesmal auszumitteln sei, gehe, ist bei den einzelnen Stellen oben zur Genüge gezeigt worden. Die Stellen sagen, um es hier noch im Allgemeinen zu wiederholen, nach einer vernünftigen Interpretation alle nichts weiter als: es ist nicht genug, daß Du wie in eignen Angelegenheiten fleißig bist, nämlich vorausgesetzt, daß Du in diesen Dich nicht wie ein fleißiger Hausvater gerirt, oder, was dasselbe sagt, ein Anderer, qui est bonus paterfamilias, fleißiger sein könnte, denn sonst freilich würde der Grad Deines und des fremden Fleißes zusammenfallen, also jener genügen. So muß man den näher bestimmenden Zusatz si modo etc. mit dem vorhergehenden sufficit binden, da es dann nur zu verstehen gibt: daß man den eignen Fleiß überbieten müsse, sei nicht unbedingt wahr, sondern es müsse dabei ein Fall angenommen werden,

da einer suam rem *non* sobrie administr., da man in sua domo *non* facit, quod bonus paterfamilias. Gemeinhin übersieht man auch dabei, daß bei Fällen der actio Leg. Aquiliae in

§. 8. I. de Leg. Aquil. und L. 1. §. 5. D. si quadrupes.

ganz ähnliche Ausdrücke vorkommen, wo denn offenbar der alius, qui firmius retinere potuisset, kein Anderer ist, als der zu dieser Handlung tüchtige, mit der gehörigen Behutsamkeit und Stärke versehene Mensch, der diligens paterfamilias, nicht etwa der Autharit, der die Streitart in den Baum hieb, daß sie keiner wieder herausziehen konnte. Die Römer hätten schon recht ängstliche Menschen, viel mehr als boni et studiosi auctores sein müssen, um zu besorgen, daß man ihren offnen Worten einen so wunderlichen und thörigten Sinn unterlegen würde.

Eben so geschickt haben Einige die Worte: in L. 52. §. 3. D. pro socio: Damna, quae imprudentibus accidunt, hoc est damna fatalia, von Unglücksfällen verstanden, welche durch Unvorsichtigkeit herbeigezogen, oder doch aus Unvorsichtigkeit nicht abgewandt worden, denn, meinten sie, nicht Vorhersehende müssen ja unvorsichtig sein. Diese Auslegung hat in der That mit jener sehr viele Aehnlichkeit.

IV.

Es wird so oft culpa dem dolus, casus der culpa im Allgemeinen und der culpa levis insbesondere entgegengesetzt, und dabei verneint, wie käme es nun, daß die diligentia (diligentissimi) immer nur als oppositum der diligentia quam quis suis rebus adhibet, niemals als oppositum der vollen culpa levis verneint (d. h. die Prästation derselben versagt) wird, wenn sie wirklich über dieselbe hinausläge? Daß diese Frage nie genügend beantwortet werden kann, ist, dünkt mich, noch ein recht sprechender und durchgreifender Beweis, daß es keine drei Grade der culpa gibt.

V.

Die Frage: wie wenn nun in den Geſetzen bei einem Contract nichts weiter angegeben iſt, als daß dolus et culpa zu präſtiren ſei, geht hier das Wort culpa auch auf diligentia diligentis, oder bloß auf diligentia quam suis? würde wohl ziemlich überflüſſig ſein, da, ſo viel ich mich wenigſtens erinnere, kein Fall der Art im Corpus iuris vorkommt: die nähere Beſtimmung wird immer zum wenigſten an einem andern Orte nachgetragen. Bei den contractibus innominatis aber, welche eine allgemeine durchgreifende Beſtimmung nicht zuließen, iſt, wie ſchon geſagt, auf die allgemeinen Grundſätze, und in Rückſicht des Unterſchiedes der beiden Arten der diligentia darauf zu ſehen, ob ſolche Gründe eintreten, welche bei beſtimmten Contractsverhältniſſen, wie societas, eine Beſchränkung der culpa auf diligentia quam suis etc. zuläſſig und nothwendig machen. Die Regel iſt hier alſo gewiſſermaaßen für diligentia diligentis.

Weniger überflüſſig möchte die Aufgabe ſein: wie wenn bei einem Contract, der ſonſt nur dolus zuläßt, ausdrücklich, aber ohne nähere Beſtimmung verabredet wurde, daß für dolus et culpa eingeſtanden werden ſolle, alſo z. B. si convenit, ut in deposito et culpa praestetur; L. 1. §. 6. depos. ſagt: rata est conventio, contractus enim legem ex conventione accipiunt; aber iſt hier auch diligentia nicht bloß diligentia quam suis etc. zu präſtiren? Dies muß bejaht werden, denn culpa iſt das generelle Wort, und dieſes muß, wenn keine beſondere Gründe dagegen vorhanden ſind, auf alle species bezogen werden; ſolche Gründe aus der Natur des Verhältniſſes ſind hier aber nicht möglich, und es läßt ſich nicht ſagen: er habe ſich in Acht nehmen ſollen, mit wem er ſich einließ, er habe ſich nichts Beſſeres von ſeinem Mitcontrahenten verſehen, auf nicht mehr als deſſen gewöhnlichen Fleiß rechnen können; denn eben weil er ſich völlig ſichern wollte, ließ er ſich auch praestatio culpae verſprechen.

VI.

Was das alte Deutsche Recht, so wie es in der Endnote zu §. 57. im Sachsenspiegel enthalten ist, betrifft, so glaube ich, daß sich die echte Theorie der culpa demselben ohne Zwang anpassen läßt. Das Deutsche Recht läßt bei allen Contracten gleich Verschulden im Allgemeinen zu: ohne unser Verschulden muß der Andere darum gekommen sein, wenn man nicht verantwortlich bleiben will 1). Dies ist aber relativ, und kann sich mit diligentia quam suis so gut, als mit diligentia diligentis vertragen: nur wer den schuldigen Fleiß nicht anwandte, ist verschuldet.

Beim depositum konnte man sich durch den Eid reinigen, bei den meisten andern Contracten gewiß so wenig, als bei dem Pfandcontract; hier mußte man vielmehr die Unschuld beweisen, also nach Unterschied der Fälle, entweder den reinen Zufall, oder die angewandte diligentia quam suis. Nur der Unterschied bleibt, daß in Hinsicht der culpa levis, welche ein damnum iniuriae (welches der Sachsenspiegel an sich eben wohl ausscheidet, nur nicht so klar und sicher wie das Röm. Recht) veranlaßt hatte, auf die Klagformel nichts ankommt, und also z. B. der deponens wegen dieser unbedingt klagen kann, sobald nur irgend eine Imputation vorhanden ist, ohne daß die Klage namhaft gemacht werden dürfte. Die Sache blieb also im Ganzen immer dieselbe, und der Vernunft geschah in Rom wie in Deutschland allemal ihr Recht. Erst die Interpreten haben dies Recht in Unrecht verkehren wollen.

Hierbei will ich nur erwähnen, daß wenn die Deutschen mit dem Untergang des Pfandes auf allen Fall auch die Schuld untergehen ließen, dies in ihrer besondern Ansicht vom Faustpfande seinen Grund hatte, und mit dem Recht zusammenhing, was ungeachtet alles entgegenstehenden Gerichtsgebrauchs dem

1) So lauten die Worte auch beim Vormunde Sachs Sp. I. 11. 23.

gemeinen Manne noch immer nicht aus dem Kopfe will, daß der Gläubiger, der ein Faustpfand hat, auch im Concurs, vor allen aus diesem befriedigt werden muß. Das Institut war verschieden, und man kann daher weder sagen, daß der römische, noch daß der deutsche Satz vernünftiger war, so wenig als, daß das alte römische pignus vernünftiger war, als das neue, oder umgekehrt. Die Vernünftigkeit hängt hier, wie durchgängig im Recht, von den Umständen und dem jedesmaligen Bedürfniß ab. — Die einzige eigentliche Abweichung ist also die beim Commodat.

VII.

Wenn ich, vornämlich gegen Cocceji, behauptet habe, daß die negligentia nie casus sein könne, und daß es Contracte gebe, bei welchen eine nicht imputable negligentia zwischen culpa und casus in der Mitte stehe, so ist dies ohne Zweifel dem Sprachgebrauch der Römer im Civilrecht gemäß. Zum Ueberfluß beweist dies noch besonders L. 30. §. 4. locati, aber auch unzählige andere Stellen, die größtentheils schon vorgekommen. Gerade die Vergleichung dieser L. 30. §. 4. mit andern Stellen beweist aber auch, daß im Criminalrecht ein ganz anderer Sprachgebrauch herrschte. Nach L. 30. ist beim incendium casus fortuitus ein schuldloser Unglücksfall; nach L. 9. §. 11. D. de incendio, L. 28. §. 12. D. de poenis Alles, was nicht Bosheit oder Frivolität (luxuria) ist. Dies gilt durchweg im Criminalrecht, wie L. 5. §. 2. eod. zeigt. Bei der durch die Lex Cornelia verpönten Tödtung eines Menschen wird sogar die culpa lata mit unter dem casus begriffen, weil sie gar nicht mit zum iudicium gehörte. Vergl. L. 16. §. 8. eod., und L. 1. §. 3. D. ad Legem Cornel. de sicar. mit L. 7. eod.

Dieser Sprachgebrauch läßt sich sehr leicht daraus erklären, weil eine jede schädliche Nachlässigkeit, d. h. ein jeder Fall, da der Handelnde augenblicklich nicht wußte, daß der

Schaden entstehen müßte, in gewissem Betracht immer ein Unglücksfall ist, der den Handelnden überkommt, es ist ein Unglück, daß ihn seine Sorglosigkeit, sein Leichtsinn, seine Unbesonnenheit hinriß, und Unheil anstiftete; sodann schied sich hier der dolus, als das einzige, weswegen bei maioribus delictis die poena iusta (die ordentliche Strafe des Gesetzes) zulässig war 1), viel stärker von jeglicher culpa, als im Civilrecht, wo die Folge immer dieselbe blieb, und nur die Verpflichtung verschieden war; endlich waren hier die Grade der culpa unter einander gar nicht so streng zu sondern, da hier meistens auf jedes bedeutende Mehr oder Weniger gesehen werden muß: dolus, voluntas, quod quis sciens prudensque commisit, quod consulto committitur, gränzte hier unmittelbar an den casus fortuitus, der daher in einen imputablen (negligentia) und einen nicht imputablen casus hier eingetheilt werden kann 2).

Sonderbar ist es dabei, daß man fast immer die L. 7. de Lege Corn. cit. als Hauptstelle für den Satz anführt, daß im Criminalrecht die culpa lata nicht dem dolus gleich stehe, da doch diese Stelle für sich allein betrachtet eher durch das argumentum a contrario auf das Gegentheil führen könnte, wenn man nicht aus den übrigen Stellen wüßte, daß hier eine allgemeine, nach der Natur öffentlicher Strafen sich freilich auch schon von selbst verstehende Regel, nur besonders angewandt, und die culpa lata von dem iudicium gänzlich ausgeschlossen wird.

VIII.

Manche unserer Juristen in alter und in neuer Zeit sind mit der wohlgemeinten Warnung hervorgetreten: die Römischen Juristen wären eben so gut uneinig gewesen zu ihrer Zeit, als

1) L. 5. §. 2. de poenis.

2) L. 9. de incendio.

die unsern zu unserer Zeit; dies sei in der Lehre von der culpa auch der Fall gewesen, und daher könne es leicht möglich sein, daß alle die Mühe, die man sich gebe, die hiervon handelnden Fragmente zu vereinigen, thörigt und fruchtlos angewandt, mit einem Wort verloren sei, wenigstens müsse man dies immer vor Augen behalten, wenn man nicht aus eitler Pedanterei die Wahrheit verfehlen wolle. Dem Tribunian könne man allenfalls zutrauen, daß er die schreiendsten Widersprüche übersehen habe. Dies ist im Grunde eine Behauptung, die das ganze Römische Recht trifft, und sich dadurch empfiehlt, daß sie uns das Studium dieses Rechts um Vieles erleichtert, vielleicht gar uns desselben ganz überheben könnte. Ich bekenne gern, daß ich diese ganze Behauptung, vor allem die Clausel: eben so gut darin, für einen schweren Irrthum halte. Wir können nun einmal so wohlfeil nicht wegkommen. Die Römischen Juristen sahen alle das Recht aus einem historisch-practischen Standpunct an, die unsrigen haben bis jetzt der Standpuncte mehr, daher unsere Uneinigkeit unendlich viel größer sein muß. Das Weitere hierüber würde hier nicht an seinem Orte stehen.

Sodann ist auch noch die Bemerkung gemacht worden, daß die Römischen Juristen zu verschiedenen Zeiten gelebt, und also in einem verschiedenen Sprachgebrauch geschrieben hätten. Was hierüber im Allgemeinen zu erinnern wäre, gehört wieder nicht hierher. Für unsere Lehre insbesondere aber scheint sich der Gedanke zu empfehlen, da sie, wie gesagt, keine feste, stehende Terminologie hat, der gemeine Sprachgebrauch aber ist wandelbar. Allein die Sache verhält sich anders. Zuerst, wenn der Sprachgebrauch hier so wandelbar gewesen wäre, wie man uns glauben machen will, so würde eben dadurch das dringendste Bedürfniß einer strengen juristischen Terminologie entstanden sein, und die Römischen Rechtsgelehrten hätten dies Bedürfniß sicher nicht verkannt. Sodann, man muß sich die Verwandlung des Sprachgebrauchs nicht als etwas rein

Willkührliches vorstellen, vielmehr ist sie ohne Sprachvermischung nur möglich, wenn sich die Ansichten, die Begriffe oder die Gegenstände verändern. Nun ist aber in unserer Imputationslehre immer von denselben Gegenständen die Rede, bei denen Zurechnung zur Frage kommt, und die Zurechnung an sich ist etwas, worüber verständige Menschen wohl zu allen Zeiten ziemlich gleich denken werden. Daher sind bedeutende, wesentliche, nicht gleich im Zusammenhange erkennbare Veränderungen der Art hier unwahrscheinlich; auch ist noch nichts dergleichen in specie nachgewiesen worden.

Zum guten Glück machen solche allgemeine Raisonnements auch wenig aus, und wer mit unbefangenem Geiste an das Studium der Quellen geht, dem wird schon der Inhalt dieser Quellen selbst den Weg zur Wahrheit zeigen.

IX.

Ueber das periculum bei der dos.

Ich muß hier zuvörderst an die sehr viel umfassende Bedeutung des Wortes periculum erinnern; denn diese berechtigt mich, alles, was sowohl über culpa als über casus bei der dos vorkommt, mit dieser allgemeinen Benennung zusammenzufassen 1). Sodann ist noch kürzlich die Frage zu beantworten,

---

1) Da oben die Belegstellen weniger vollständig nachgewiesen worden, so sei es mir vergönnt, hier noch einmal die verschiedenen Beziehungen, in denen das Wort periculum vorkommt, zu wiederholen:

1) Für den ersten Prästationsgrad: L. 14. §. 3. D. de furtis. L. 39. §. 6. 10. D. de administr. tut. L. 19. pr. D. de hered. petit. Vergl. L. 1. §. 14. depos;

2) für den zweiten Prästationsgrad: L. 25. D. pro socio; alle Titel, die von der Tutel handelt. In den einzelnen Stellen, welche von Dotalsachen handeln, kommt periculum nicht leicht in dieser allgemeineren Bedeutung vor, aber nur, weil man es in dieser Materie für die folgenden Rubriken unter 3 und 5 häufig und nothwendiger bedurfte, wie sich unten zeigen wird.

welcher Sinn anzunehmen war, wenn durch einen Vertrag ausgemacht worden, es solle periculum prästirt werden. Und zwar

---

3) für den dritten Prästationsgrad: L. 13. §. 1. D. de liberali causa. L. 19. pr. de heredit. petit. L. 47. §. 1. D. famil. hercisc. L. 5. §. 14. D. commod. L. 8. C. de pignor. act. L. 54. D. de act. emt. vend. Durchweg der Tit. D. de furtis; vergl. besonders L. 78. D. de furtis mit L. 10. §. 1. D. commod. L. 40. D. locati. L. 1. §. 35. in f. D. depos. So kommt es auch häufig bei der *dos* vor, s. unt. im Text;

4) mit Einschluß des von einem Dritten herrührenden damni iniuria dati, und des furti, ohne Rücksicht auf Verschuldung: Tit. D. nautae, caupones und L. un. §. 4. D. furti adv. naut.;

5) für den vollen casus mit Einschluß der vis divina: L. 13. §. 1. D. commod. L. 12. §. 3. D. depos. (*conf. L. 14. §. 1. ibid.) L. 34. in f. pr. D. mandat. L. 31. pr. D. de act. emt. vend. L. 1. §. 1. D. de aestimat. L. 14. pr. § 4. D. de act. furt. der ganze Tit. de peric. et commod. r. v., *wozu auch noch gehört L. 30. D. de pignorib., ferner die Titel de naut. foen. Ausdrücklich vom periculum vis maioris ist die Rede in L. 1. C. de locato und Collat. Leg. Mosaic. tit. 10. §. 9 In den einzelnen Stellen ergibt sich diese Bedeutung fast immer durch den Gegensatz von periculum und culpa oder negligentia, oder durch den andern Gegensatz von periculum und commodum oder quaestus, wenn nämlich bemerkt wird, daß diese bei derselben Hand sein müssen.

Besonders merkwürdig sind L. 19. pr. de heredit. pet. und L. 13. §. 1. de liberali causa. Die erstere beweist aufs deutlichste die Allgemeinheit des Wortes mit Beziehung auf Prästation; es sind Contracte der entgegengesetztesten Enden: auf der einen Seite Commodat und pignus, auf der andern depositum genannt; was aber von diesen dort gesagt ist, gilt ohne Zweifel auch aus demselben Grunde z. B. von rebus societatis, die sich in der Erbschaft befanden, und vollends von solchen Sachen, deren periculum casus der Erblasser übernahm. Wie sich dies aber wendet nach Verschiedenheit der untergelegten Bedeutung, sieht man wieder aus L. 13. §. 1. D. de liberali causa: in dieser werden die res depositae ausgeschlossen, weil sie nicht auf Gefahr des obligatus stehen, in L. 19. cit. wurden sie aufgenommen, weil sie (in einem andern Sinn) auf seine Gefahr stehen. –

geht aus L. 1. §. 35. depos. L. 29. mand. (vergl. L. 7. §. 15. de pact.) L. 21. §. 1. D. commod. L. 13. §. 5. locat. (vergl. L. 27. §. 29. D. ad Leg. Aquil. *L. 12. §. 1. D. depos.) deutlich genug hervor, daß die Römer, wenn nicht gerade ein Anderes erhellte, die weiteste Bedeutung vermutheten, also den casus auch auf die vis divina bezogen; womit denn das unter V. über die schlechthin in den Vertrag aufgenommene culpa außer dolus vollkommen übereinstimmt. Dies mag denn auch wohl Manchen bewogen haben, in den Gesetzen eben so präsumiren zu wollen, aber in diesen ist nichts zu präsumiren, so lange noch Untersuchung aushelfen kann, und wenigstens in diesem Fall kann sie ohne Zweifel, (anders wie in einem engen Vertrage), immer aushelfen.

Was nun den eigentlichen Gegenstand unserer dermaligen Untersuchung betrifft; so wird die Sache sehr dadurch erleichtert, daß wir die verschiednen Arten und Formen, wie eine dos gegeben wird, unterscheiden: daß hier nicht der Unterschied zwischen dotis datio, dotis dictio, dotis promissio gemeint sei, begreift sich leicht. Also

1) von den in dotem gegebenen rebus aestimatis.

Ueber diese ist zu bemerken, daß sie, wenn durch Vertrag keine besondre Bestimmung hinzugefügt worden, als vom Manne gekauft angesehen werden 1). Daraus folgt denn, daß von einer eigentlichen praestatio periculi 2) nicht die Rede sein

---

Daß sich die angeführten Stellen noch wohl vermehren lassen, bezweifle ich übrigens nicht.

Zu der allgemeinen Bedeutung von culpa, welche auch den dolus umfaßt, haben sich noch gefunden: L. 11. in f. D. de pact. dotal. L. 22. §. 7. D. solut. matr. L. 38. D. eod. L. 45. L. 66. eod.

1) L. 10. §. 4. 5. in f. D. de iure dot. L. 10. C. eod. L. 49. §. 1. D. solut. matr.

2) In L. 5. §. 3. D. commod. kommt der Ausdruck periculum praestare freilich von rebus simpliciter aestimatis vor; aber uneigentlich, die Sachen sind verschieden, also sollten es auch die Ausdrücke sein.

kann, wohl aber geht die volle Gefahr auf den Mann über, wie sie auf jeden extraneus emtor übergegangen wäre. Ob ein fundus oder was sonst geschätzt worden, darauf kommt gar nichts an 1), auch nichts darauf, ob die Sachen der Frau zum Gebrauch hingegeben worden, denn der Mann hat für die Bedürfnisse seiner Frau zu sorgen 2). Der Mann wird hier debitor quantitatis, und die Summe, das pretium ist es eigentlich, was in dote ist, es ist eine dos pecuniaria vorhanden, obgleich nicht so gegeben. Alle Stellen also, die vom periculum bei rebus aestimatis sprechen, müssen so gut auf casus fortuitus gehen, als wie wenn im Titel de periculo et commodo rei venditae davon die Rede ist 3). Nur darf die Frau bei der Schätzung nicht übervortheilt werden, anders, wie beim gewöhnlichen Verkauf, dessen Natur es mit sich bringt, daß ein jeder zu gewinnen sucht 4). Daher denn auch, wenn die Sache evincirt wird, und die Frau das duplum bezahlen muß, von da an dies duplum die dos ausmacht 5). Endlich ist nicht zu übersehen, daß der Kauf hier stillschweigends durch die nachfolgende Ehe bedingt ist 6), und daß die Frage entstehen kann, was ist Rechtens, wenn dem sponsus schon die Sachen geschätzt übergeben worden? Der Fall ist in den Gesetzen, so viel ich bemerkt habe, nicht geradezu entschieden; daß er aber nicht bloß dolus zu leisten habe, kann nach allgemeinen Grundsätzen keinen Zweifel leiden, da auch sein Vortheil beabsichtigt wurde,

---

1) L. 10. §. 1. L. 52. L. 75. D. de iure dot. L. 12. §. 3. 4. L. 13. L. ult. D. de pact. dot. L. 49. §. 1. D. solut. matr.

2) L. 10. pr. de iure dot. L. 51. D. soluto matrimon.

3) So z. B. in L. 10. pr. L. 15. D. de iure dot.

4) L. 12. §. 1. D. eod.

5) L. 16. L. 52. D. eod. Bei der res non aestimata, wovon L. 52. sagt, daß sie selbst in dote sei, kann durch Eviction und dupli praestatio dasselbe Verhältniß, nämlich daß nun eine quantitas in dote ist, hervorgebracht werden.

6) L. 10. §. 4. eod. *L. 17. §. 1. eod. L. 2. D. pro dote.

wenn er ihn gleich diesmal nicht erreichte. Also er muß dolus et culpa präſtiren, aber auch diligentia, denn die Beſchränkung auf den ihm im Eignen gewöhnlichen Fleiß hat hier, wo das eheliche Verhältniß noch nicht Statt fand, keinen Grund. Erfolgte aber die Ehe auch, die Sachen gingen aber vorher ohne Schuld des Mannes zu Grunde, ſo wird der Verkauf als unerfüllt angeſehen, und die Frau trägt den Schaden 1). Dagegen wenn erſt nach der Verehelichung, aber vor der Uebergabe die Sache zu Grunde ging, ſo trifft den Mann die Gefahr, ſo oft die Frau nicht in mora oder an dem Untergange ſchuld war 2). Kurz, es wird zweierlei erfordert, damit die Gefahr auf den Mann übergehe, einmal, daß man ſich über das pretium vereinigt habe, und ſodann, daß die Bedingung, die Ehe, eingetreten ſei.

2) Von den ſogenannten fungiblen Sachen (res quae pondere, numero, mensura constant).

Von dieſen gilt faſt daſſelbe, was von geſchätzten gilt: Der Mann iſt hier ein genus ſchuldig, alſo trägt er die Gefahr auch des reinen Zufalls. Er kann hier zwar dieſelben species zurückgeben, wenn ſie noch eben ſo gut ſind, er kann aber auch andere geben, nur von gleicher Güte, gerade wie beim mutuum. Iſt Geld in dotem gegeben, ſo iſt vollends alles ſo wie bei geſchätzten Sachen. Periculum ſchlechthin geſagt geht alſo auch hier auf periculum casus 3). Nur der Anfangspunkt iſt hier zuweilen ein andrer, und kann die ſtillſchweigende Bedingung der Ehe auf dieſen nicht den Einfluß haben, wie bei den geſchätzten Sachen: mit der Tradition und nicht eher geht die Gefahr über.

3) Von den übrigen Sachen.

Bei dieſen kann der Mann das periculum casus natürlich

---

1) L. 10. §. 5. eod.

2) L. 14. 15. eod. *L. un. §. 9. 15. C. d. R. U. A. L. 10. C. de iure dot.

3) L. 42. D. eod.

weder tragen noch präſtiren, in ſo fern er es nicht durch Vertrag auf ſich genommen: denn er gewinnt nur Nutzen und Früchte, um die Laſten der Ehe davon zu tragen, die Sachen ſelbſt aber mit den inzwiſchen von ihm erworbenen Acceſſionen muß er herausgeben; alſo ſind es nur die Früchte, welche im vollſten Sinn auf ſeine Gefahr ſtehen, und der unverſchuldete Untergang der Sache kann ihm bloß die Benutzung entziehen. Aber auch auf dolus kann ſeine Verbindlichkeit nicht beſchränkt werden, da er auch Nutzen hat; wegen der ſo engen Verbindung aber, welche die Societät darin noch übertrifft, iſt im concreten Fall die Leiſtung auf diligentia quam suis zu beſchränken; daher konnte Paulus in L. 17. pr. D. de iure dot. ſagen:

> In rebus dotalibus virum praestare oportet tam dolum quam culpam, quia causa sua dotem accipit; sed etiam diligentiam praestabit, quam in suis rebus exhibet;

und was der Zuſatz sed etiam etc. ſagen wolle, ergibt ſich noch recht deutlich aus den Worten der L. 24. §. 5. D. sol. matr. Quamvis enim diligentiam uxor eam demum ab eo exigat, quam rebus suis exhibet 1), *nec plus possit.* — — Dieſe Leiſtung wird eben wie bei den übrigen Contracten dieſer Unterklaſſe mehrmals durch ein einfaches: dolum et culpam praestat bezeichnet, wie z. B. in L. 72. §. 1. D. de iure dot., wo von der Verbindlichkeit des Mannes auf die des Vaters, der ihn in ſeiner Gewalt hat, geſchloſſen wird. Zum ſichern Zeichen aber, daß dolus et culpa Alles begreife, die nähere Beſtimmung aber ſubintelligirt werde, nämlich für die concreten Fälle, in denen ſie einen Werth hatte, wird in L. 25. §. 1. soluto matrimon. für einen Fall der Unſicherheit der dos die Caution, welche der Mann leiſten muß, ſchlechthin auf dolus malus et culpa gerichtet, ohne der diligentia zu erwähnen. Ferner wird ſchlechthin von dolus und culpa geſprochen in

1) Flor. exiget.

L. 66. pr. D. solut. matr., L. 18. §. 1. init. et in f. und L. ult. eod. Die beiden letzten Stellen beweisen zugleich, daß die diligentia quam suis in jenem Ausdruck unter dem Wort culpa begriffen ist, da sie offenbar hauptsächlich von Fällen, wo durch Nichtthun geschadet worden, die L. 18. §. 1. in f. 1) von dem Fall, da ein Dritter geschadet oder gestohlen hatte, die L. ult. von der Aufsicht des Mannes über ein peculium, das der Sklave verwaltet, reden. Negativ: sine dolo et culpa, si dolus malus et culpa absit, wird dies ausgedrückt in L. 17. §. 1. in f. cit. und L. 7. §. ult. sol. matr. (si sine culpa sua conlapsa sit villa), eben wie bei der Eviction eines fundus aestimatus in L. 49. §. 1. eod., welche natürlich den Mann nur dann zu Ansprüchen oder Ausflüchten berechtigte, wenn er gar nichts versah 2). Womit denn nochmals der Beweis geführt ist, daß über die negligentia suis rebus non consueta bei den Contracten, welche sie erfordern, keine concrete Zurechnung und keine culpa hinausliege, und also die erweisliche negligentia suis rebus consueta hier gar nicht Schuld ist.

Sehr merkwürdig ist nun der Charakter, den hier die Aquilische culpa annimmt, da aus diesem recht klar hervorgeht, was wir oben über die Unabhängigkeit, aber Einwirkung der beiden iudicia, der Aquilischen Klage und der Contractsklage, gesagt haben. Nimmt die letztere, so hieß es, dolus et culpa auf, so muß sie auch die Aquilische culpa ganz und ihrer vollen Zurechnung nach aufnehmen, nicht etwa weil in casu concreto auch die Aquilische Klage angestellt werden kann, sondern weil das Factum so geartet ist, daß es im Allgemeinen unter jene Klage, welche alle an sich widerrechtliche Schäden trifft, gehören muß. Der Grund ist hier also rein objectiv, und eine solche Beschädigung muß in den Contracten, welche

1) Sie ist schon oben vollständig erläutert worden.

2) Vergl. auch das principium desselben Fragments und unten L. 49. pr. D. sol. matr. unter No. 5.

auch culpa zulassen, allemal bis an den reinen casus prästirt werden, wenn gleich aus subjectiven Gründen die Aquilische Klage nicht Statt findet. So z. B. muß der socius, der sich mit einem Dritten, der nicht zur Societät gehört, verbindet, und ihm als seinem socius eine Societätssache hingibt, wegen Beschädigung derselben die Societätsklage, wegen jeglicher Imputation, auf das Ganze haben, wenn er gleich die Aquilische Klage nur für seinen Theil anstellen kann. Bei der dos tritt nun das Besondre ein, daß der Frau gegen den Mann niemals, nach Justinian. Recht nicht vor getrennter Ehe, die Aquilische Klage zustehen kann: dies versteht sich schon deswegen von selbst, weil er bis zur Restitution, oder nach neuerm Recht bis das Eigenthum ipso iure übergeht, Eigenthümer ist, und die Frau kein specielles dingliches Recht hat, dem diese Klage utiliter gegeben worden; zum Ueberfluß aber beweist es noch L. 18. §. 1. in f. soluto matr. cit., da der Frau jene Klage sonst auch gegen den Extraneus zustehen müßte, und keine Cession nöthig wäre. Daß nun aber, wenn der Mann die Sachen der Frau der Substanz nach selbst beschädigt hat 1), die volle Aquilische Imputation und nicht etwa eine Berufung auf negligentia suis rebus consueta zur Anwendung kommen müsse, erhellt noch besonders daraus, daß sonst zwischen Mann und Frau eine sehr unbillige Ungleichheit in Hinsicht der praestatio culpae Statt finden würde, denn von der letzteren wird in L. 56. ad L. Aquil. vernehmlich gesagt, wenn sie während der Ehe die Sachen des Mannes beschädige, so hafte sie pro

1) Dies kürzer so auszudrücken: wenn er ein damnum iniuria zugefügt, würde der Sache, aber nicht wohl dem römischen Sprachgebrauch angemessen sein. Die Römer sagen in solchen Fällen schlechthin: si damnum dedit L. 4. §. 3. L. 9. pr. §. 1. §. 7. D. de peculio, vergl. L. 54. §. 2. D. de A. R. D. Wollte man mir nun vorwerfen, daß der so oft von mir gebrauchte Ausdruck: Aquilische und außeraquilische culpa, eben so wenig römisch sei, so würde ich nichts zu erwiedern haben, als: Noth hat kein Gebot.

tenore Legis Aquiliae 1), und doch wird sie eben so oft in dem Falle sein, Sachen des Mannes zu gebrauchen, als dieser die ihrigen. Zweifel könnte jedoch erregen die schon angeführte L. 24. §. 5. D. soluto matr. 2). Es ist hier nämlich allerdings ein Fall, wo eine Aquilische culpa meistens vorhanden sein wird, und wenn die Vergleichung mit der beschränkteren diligentia mit Recht verworfen würde, so hätte man die Bemerkung erwarten können, es sei hier ja gar nicht von diligentia, sondern von etwas, was ganz über diese hinausliege, die Rede; dagegen setzt der Jurist den Verwerfungsgrund darin, weil ja dies selbst bei eignen Sklaven sträflich sei. Allein so könnte man auch sagen, daß er ja nur hätte bemerklich machen dürfen, diese culpa sei an sich eine culpa lata, was bedurfte es da einer Vergleichung mit Eignem? Der angegebene Grund ist aber ja durchgreifend. Zudem, und dies hat man allgemein übersehen, gehört dieses Fragment nur sehr indirect in unsre Materie, nämlich in so fern, als es die vom Manne überhaupt zu prästirende diligentia beiläufig bestimmt. Die Hauptabsicht Ulpians geht aber gar nicht dahin, zu zeigen, daß der Mann den Schaden ersetzen müsse, den er durch seine saevitia angerichtet, sondern die Frage zu entscheiden, ob er nicht wegen so unmenschlicher Behandlung angehalten werden könne, entweder die Sklaven der Frau zu übergeben oder Sicherheit zu leisten, und ob hier nicht überall eine obrigkeitliche Einmischung an ihrem Orte sei, selbst dann, wenn er es mit seinen Sklaven

1) S. auch L. 27. §. 30. D. ad L. Aquil.

2) Ulpianus lib. 33. ad Edictum. Si maritus saevus in servos dotales fuit, videndum, an de hoc possit conveniri? Et, si quidem tantum in servos uxoris saevus fuit, constat eum teneri hoc nomine; si vero et in suos est natura talis, adhuc dicendum est, *immoderatam eius saevitiam hoc iudicio coercendam*: quamvis enim diligentiam uxor eam demum ab eo exigat, quam rebus suis exhibet, nec plus possit, attamen saevitia, *quae in propriis culpanda est*, in alienis coercenda est. — *Vgl. H. L. Z. S. 723.

nicht beſſer mache 1). Ganz zweckmäßig und nöthig erſcheint in dieſem Zuſammenhang jener Grund, und Ulpian will ſagen, es ſei ein ſchwacher Einwand (der vermuthlich in einem vorgekommenen Falle gemacht war), daß der Mann ja doch nur für diligentia quam suis hafte, da ja das in Betracht gezogene Vergehen ſchon zur Cognition der Obrigkeit gehöre, wenn von ſeinen eignen Sklaven die Rede ſei 2).

Intereſſant iſt noch die Frage, was in Hinſicht des periculi gilt, wenn der Mann bewegliche Sachen veräußerte. Denn daß er dieſe auf jeden Fall wirkſam veräußern kann, wenn er nur ſolvent iſt, kann gar keinen Zweifel leiden 3). Allein dies hat mit der obligatio und dotis actio nichts zu thun, und dieſe kann recht wohl gegen den Mann auf die Sache gehen, wenn auch dieſe ſchon einen andern Herrn hat, ſo gut, wie der erſte Käufer, wenn nicht ihm, aber einem zweiten Käufer die Sache tradirt worden, gegen den Verkäufer auf die Sache

---

1) Vergl. nur den vorhergehenden Theil der L. 24. und L. 25. eod.

2) Vergl. nur L. 2. D. de his qui sui.

3) Die oft angeführten Gründe, daß ja ſonſt das Verbot der Lex Iulia unbegreiflich ſei, und daß er nach L. 1. C. de serv. pign. dat. L. 3. C. de iure dot. L. 3. §. 2. D. de suis L. 21. D. de manumiss. L. 64. solut. matr., L. ult. C. de serv. pign. dat. und nach L. 61. D. solut. matr. ſelbſt wider den Willen der Frau, wirkſam manumittiren kann, ſind durchgreifend. *Donellus* Comment. de iure civil. Lib. 14. c. 4. meint freilich, dies ſei in favorem libertatis angenommen worden, allein L. ult. C. cit. gibt ja deutlich als Grund an: „quoniam iusto modo dominia servorum ad eum pervenerunt, ideoque servi eius facti qui in dotem eos accepit, ab eo iure potuerunt manumitti.“ Donell iſt hier in einem Grundirrthum befangen, und ich bekenne gern, daß ich hier den ihm ſonſt ſo eignen richtigen juriſtiſchen Takt ganz vermiſſe. Daß hier aber von anderer Veräußerung nicht ſo fleißig, wie von der Manumiſſion geredet wird, iſt ſehr natürlich, da dieſe letztere Veräußerungsart die Sache dem Eigenthum auf immer entzieht, alſo füglich normal ſein konnte, und endlich, weil hier ſo Vieles zu überlegen war, was ſonſt nicht vorkam, ſ. nur L. 64. sol. matr. cit. Vergl. meine Schrift über ehel. Gütergemeinſchaft. Kiel 1808. §. 16.

und das volle Intereſſe klagt. Konnte nun die Frau immer auch ſo klagen, ſo war es freilich ſehr gefährlich für den Mann z. B. einen Dotalſklaven zu veräußern, da, wenn dieſem in der Folge für ſeine Perſon eine Erbſchaft zufiel, er auch den Werth dieſer hätte erſetzen müſſen, weil nämlich die Frau ohne die Veräußerung auch dieſe gehabt hätte. Dies kann aber natürlich nur dann gelten, wenn ſie nicht mit der Veräußerung einverſtanden war. War ſie einverſtanden, ſo iſt es anzuſehen, als ſei von dem Augenblick an, ſtatt der Sache das pretium, wofür ſie veräußert worden, in dote, und es iſt ſo gut, als wäre die Sache simpliciter geſchätzt worden. Dies beweist klar und feſt

L. 32. D. de iure dot. Pomponius lib. 16. ad Sabinum.

Si ex lapidicinis dotalis fundi lapidem vel arbores, quae fructus non essent, sive superficiem aedificii dotalis *voluntate* mulieris vendiderit, nummi ex ea venditione recepti sunt dotis.

Ein ſolches Einverſtändniß muß aber in der Regel angenommen werden, wenn die Frau die Veräußerung wußte und ſtillſchwieg. Dies liegt in dem ganzen Verhältniß, und darin, daß der Mann hier gewiſſermaaßen ihr Geſchäft treibt, oder doch ein gemeinſames, in das ſie einzureden hat 1); auch zeigen es L. 61. 62. 64. D. solut. matr., wo im Anfange invita uxore durch si modo uxor refragatur erklärt und dann si voluntate mulieris entgegengeſetzt wird 2). *Allemal mußte hier

1) Vergl. L. 64. pr. D. solut. matr. mit L. 12. D. de eviction. L. 18. 53. D. mand. L. 16. D. de Sct. Maced. — Daß jedes unerlaubte Einwirken auf den Willen der Frau eine Aenderung mache, verſteht ſich von ſelbſt, aber das gilt auch von ausdrücklicher Bewilligung.

2) Durchweg in dieſer Materie wird voluntas ſo verſtanden, z. B. in L. 2. §. 1. 2. solut. matr.; ſo auch in L. 8. D. de impens., denn ſonſt hätte in L. ult. de fundo dot. nicht ſo geradehin geſagt werden können: „Ego non tantum necessarias, sed etiam utiles impensas praestandas a muliere existimo“; denn daß ein röm. Juriſt die Meinung gehegt haben

gelten, was freilich in einer andern Beziehung in L. 1. §. 1. D. si familia furtum gesagt wurde: „scientiam spectare debemus quae habet et voluntatem.“ Uebrigens gegen Uebervortheilungen mußte die Frau hier eben so, wie oben bei rebus aestimatis gesagt worden, geschützt sein, und hatte sie unbedingt ihre Einwilligung gegeben, so war der Mann doch wegen dolus und culpa bei der Veräußerung, wie sonst, verantwortlich 1).

4) Von einem in dotem gegebenen usufructus.

In Hinsicht des Fleißes und der Verwaltung ist wenig Unterschied, ob dem Manne das Eigenthum eines fundus, oder nur das Recht 2) des usufructus in dotem gegeben worden. Er muß in beiden Fällen Alles thun, was bona fide sonst ein Hausvater thut, z. B. muß er ausbessern, was auszubessern ist, nachpflanzen, den Viehstand in Ordnung halten u. s. w., nur freilich, was ohne Rechte auf die Substanz nicht vorgenommen werden darf, dazu kann er als Usufructuar nicht verpflichtet sein. Der Unterschied vom gewöhnlichen Usufructuar besteht denn aber nur darin, daß er im Verhältniß zur Frau, und so weit diese ihn wegen Versehen in der Verwaltung in Anspruch

---

sollte, es müßten die utiles impensae unbedingt ersetzt werden, ist der Sache nach unglaublich und auch gegen L. un. §. 5. C. de rei uxor. Aber freilich der Fall war der häufigste, daß sie sich stillschweigends oder ausdrücklich die Verbesserung gefallen ließ, vollends wenn Marmorbrüche eröffnet wurden, konnte ihr dies nicht leicht verborgen bleiben. Hatte sie dem stillschweigend zugesehen, so war es in der That mala fides, nachher den Ersatz der Kosten zu verweigern. Daß aber Widerspruch diesen ausschloß, verstand sich von selbst.

1) L. 12. §. 4. D. de pact. dotal. — Merkwürdig ist, daß wenn die Sache anfangs schlechthin geschätzt in dotem gegeben, dann aber ausgemacht war, daß sie nach Maaßgabe der Schätzung restituirt werden solle, und nun der Mann mit Bewilligung der Frau sie höher, als die aestimatio war, veräußerte, er die Wahl hatte, ob er die Sache oder das empfangene pretium restituiren wollte. Die besondern Gründe sind in L. ult. D. de pact. dotal. angegeben.

2) L. 7. § 2. de iure dot.

nehmen kann, sich mit einer ihm gewöhnlichen Nachlässigkeit entschuldigen darf. Jedoch ist zu merken, daß, wenn der Mann zum Nachtheil der Frau das Recht durch Nichtgebrauch verlor, er unbedingt haftet, sobald es ihm nur möglich war, den usus-fructus auszuüben 1), also ohne Rücksicht auf jene Ausrede; ganz begreiflich, denn dies ist immer eine grobe Schuld, denn wußte er etwa nicht, daß die Servitut so verloren gehe, so wußte er nicht, was Alle wissen oder wissen sollen. Eben so ist es nach L. 7. D. de fundo dotali mit einer Realservitut, welche durch Confusion aufgehoben wurde, indem der Mann den dem fundo dotali dienenden fundus erwarb; veräußerte er diesen, ohne sich die Servitut wieder bestellen zu lassen, so muß er auf allen Fall dafür herkommen. Ein Gleiches gilt, nach L. 16. D. eod., wenn er versäumte, den ihm in dotem gegebenen fundus zu vindiciren, und inzwischen ein Dritter den fundus durch Ersitzung erwarb. In dem ersten Fall aber sowohl als in dem letzten ist es zu entschuldigen, wenn, wie die Ausübung des Rechts oder der Klage in seine Hände kam, nur noch sehr wenige Tage übrig waren, und sich annehmen läßt, daß er nicht zeitig genug unterrichtet worden. Ein nicht uninteressanter Fall, auch deswegen, weil er in den Gesetzen nicht weiter erwähnt worden, ist der, da der Schwiegervater auf seinem fundus dem Manne einen solchen ususfructus bestellt hatte, und dieser ihn durch non usus verlor. Hatte sich jener die Restitution 2) nicht für sich allein stipulirt, so behält die Frau nach allgemeinen Grundsätzen 3) ihren Anspruch ungekränkt.

Von dem bisher abgehandelten ususfructus ist der Fall wohl zu unterscheiden, da nicht das Recht, sondern die Früchte

---

1) L. 78. §. 2. D. de iure dot.

2) Wie diese geschieht, darüber s. L. 78. de iure dot. u. L. 57. solut. matr.

3) L. 28. D. de iure dot. L. 2. §. 1. L. 3. L. 4. L. 66. §. 6. D. solut. matr. L. 12. D. de fund. dot.

selbst in dotem gegeben worden, und die Absicht war, daß diese in Capital verwandelt, und die Zinsen des Capitals erst Gewinn des Mannes sein sollten 1). Aber der auf die Einsammlung u. s. w. zu verwendende Fleiß und das dabei obwaltende periculum steht unter der Regel.

5) Von in dotem gegebenen Forderungen (nominibus s. l.).

Löhr 2) hat diese ziemlich schwierige Sache, wenn ich nicht irre, etwas zu flüchtig bearbeitet. Seine Meinung geht dahin: 1) Bei in dotem gegebenen Schuldscheinen könne so wenig als bei res aestimatae und fungibiles von praestatio culpae die Rede sein; denn diese Fälle hätten das mit einander gemein, daß der Mann das plenum dominium erwerbe. Bei den übrigen Sachen und den Schuldscheinen, die der Mann als Paraphernen in Händen habe, sei dies umgekehrt, hier erhalte der Mann gar kein, oder doch kein volles Eigenthum. 2) Sei eine nicht bedingte Schuldforderung (nomen debitoris) in dotem gegeben, oder, was eins ist, existirte damals die Bedingung schon, und der Schuldner werde in der Folge insolvent, so treffe die Gefahr den Mann. 3) Hiervon müsse man die Fälle wohl unterscheiden, wenn der Schwiegervater oder die Frau selbst, oder endlich ein Dritter als Schenkender, eine dos versprachen: im ersten Falle habe der Mann nichts zu verantworten, wenn er nichts eingetrieben, denn, meint er, es wären hier ja dieselben Personen, welche zu zahlen versprochen, und denen am Ende zurückgezahlt werden soll; im dritten Falle dagegen (also ein Mittelfall) sei nur culpa zu prästiren. Er nimmt also in Rücksicht der Prästation drei Fälle an: in dem einen wird periculum, in dem andern nur culpa, in dem dritten nicht einmal diese geleistet. Mich dünkt, diese ganze Unterscheidung, so gestellt, hat gar keinen rechtlichen Grund. Zuerst ist nicht wohl zu begreifen, warum er die Anfangs aufgestellte Regel

1) L. 4. D. de pact. dotal.

2) Beiträge zur Theorie der Culpa. Miscellen No. 2.

so gefaßt hat, daß sie bloß auf Schuldscheine lautet, etwa weil Justinian in L. ult. pr. C. de pact. conv. die nomina bei einer Entscheidung über Paraphernen durch foeneratitias cautiones definirt? Sieht man die Pandekten an, so wird man doch gewahr, daß diese hier gewöhnlich nur schlechthin von Stipulationen sprechen, und dabei nur einmal, nämlich in L. 49. pr. D. solut. matr. eines Documents erwähnen. Wir wollen aber einmal annehmen, daß Schuldscheine in dotem gegeben sind, so verstehe ich darum jenen allgemeinen vom dominium plenum und non plenum entlehnten Grund noch um nichts besser. Wer ein dominium mit vollen Wirkungen hat, hat ein volles dominium, dieses hat aber der Mann während der Ehe, oder was fehlt denn demselben? nur freilich muß er dieses volle dominium nach getrennter Ehe wieder von sich lassen. Indessen, es kann sein, daß Löhr gerade auf diese Widerruflichkeit hindeuten wollte, und so wollen wir über den Ausdruck nicht streiten, zumal da ihn auch schon Andre so gebraucht haben. Aber es fragt sich denn doch wieder, wie paßt dies auf die Schuldscheine? Sind diese etwa als fungible Sachen anzusehen? Dann müßte der Mann nach getrennter Ehe damit frei kommen, wenn er andere Instrumente von derselben Quantität und Qualität restituirte; wie ist dies aber denkbar? Oder sollen es res aestimatae sein, an deren Stelle allemal die aestimatio zu restituiren ist? Freilich sind sie an sich etwas Geschätztes, da sie auf eine bestimmte Summe lauten, aber die Schätzung, wovon in unsrer Materie die Rede ist, erhält ihre Wirksamkeit durch eine Vereinbarung zwischen den Eheleuten, sie ist ein Kauf. Gesetzt, der Mann wollte gleich aus dem Schuldschein klagen, er konnte es aber nicht, da ein Stillstand der Gerichte eingetreten; ehe dieser noch aufhörte, ward die Ehe schon getrennt; was könnte ihn hindern, sich durch Rückgabe der empfangenen Schuldscheine zu befreien, wer wird die aestimatio von ihm fordern? Mir däucht, in diesem Betracht muß es ganz einerlei sein, ob es ein Schuldschein war, der in

dotem gegeben wurde, oder eine schriftlich aufgesetzte Schenkung einer dos; auch in dem letztern Fall hat eben so gut das Document seine bestimmte Währung. Dasselbe tritt ein, wenn der Schuldschein eine Bedingung enthielt, oder wenn der Schuldner schon zur Zeit der Uebergabe insolvent war: immer erhielt der Mann etwas Geschätztes. Hierin kann also nichts Charakteristisches liegen. Freilich, meint Löhr, wenn die Schuld von einer Bedingung abhänge, so „könne der Mann den Schuldschein nicht sogleich realisiren, und es sei ihm also auch kein Geld gegeben"; mithin, wenn dagegen die unbedingte Forderung an einen damals solventen Schuldner dem Manne übergeben war, so ist es nach seiner Meinung so gut, als habe der Mann das Geld selbst schon *in dotem* empfangen. In wie weit dies wahr sei, wird sich finden, so viel leuchtet aber ein, daß dieser Grund, und derjenige, welchen er vom vollen Eigenthum herleitete, ganz auseinander liegen. Ueberhaupt aber muß es auffallen, daß von den Gründen, welche Löhr angibt, die Gesetze auch gar nichts sagen. Sodann könnte man Löhr gleich mit Fug und Recht darüber zur Rede fordern, wie er zwischen dem Fall, da der Vater, und dem, da der fremde Schenker die dos versprochen, einen so bedeutenden Unterschied machen möge, da doch Ulpian in L. 33. D. de iure dot. diese beiden Fälle offenbar völlig mit einander ausgeglichen. Ferner sieht man gleich, daß er den Gesetzen nicht treu geblieben, indem er bei der in dotem gegebenen eigentlichen Schuldforderung von culpa gar nichts wissen will, da doch die Gesetze jedesmal hier Alles auf Zurechnung oder dolus und culpa namentlich zurückführen. Endlich wird niemand mit ihm einverstanden sein, wenn er behauptet, daß, wenn auch der Vater die dos versprochen, immer der Versprechende und der Zurückfordernde eine Person ausmachten: man denke nur z. B. an den Fall, da die Frau inmittelst emancipirt wurde. Allerdings ist es nicht leicht, den Zusammenhang hier vollständig und befriedigend anzugeben; indessen wir wollen es versuchen.

Wir müssen hier, glaube ich, von der Bemerkung ausgehen, daß die Römer sich gewöhnlich der Delegation bedienten, wenn sie Schuldforderungen dotis causa übertragen wollten, wenigstens sprechen die auf uns gekommenen Fragmente fast alle von einer Delegation, theils nennen sie diese geradezu, theils bedienen sie sich des Ausdrucks: debitor marito (stipulanti) dotem promisit 1), oder debitor iussu mulieris promisit 2). Nun war es aber Regel: wer sich einen Schuldner durch Delegation zuweisen läßt, dem wird gezahlt, und der kann sich nicht weiter darauf berufen, daß ihn der Zugewiesene nicht habe bezahlen können, weil er schon zur Zeit der Delegation zahlungsunfähig gewesen: qui admisit debitorem delegatum bonum nomen facit, et nomen debitoris delegati sequi maluisse videtur 3). Nur dann leidet dies eine Ausnahme, wenn ausdrücklich oder stillschweigends eine Vereinbarung getroffen worden, daß die Forderung auf Gefahr des Deleganten stehen, d. h. daß dieser für die Zahlungsfähigkeit des Schuldners herkommen solle 4). Diese Verpflichtung, für die Zahlungsfähigkeit herzukommen, geht denn aber, und dies darf nicht übersehen werden, immer nur so weit, als der neue Creditor nicht selbst schuld ist, daß ihm das Gegentheil verderblich geworden: hierauf geht die Meinung des Modestinus, wenn er in L. 35. D. de R. C. sagt: „periculum nominum ad eum, cuius culpa deterius factum probari potest, pertinet.“ Jetzt fragt es sich, wenn in dotem delegirt wird, soll hier die Regel oder die Ausnahme eintreten, und ist es nach der Natur des Verhältnisses glaublich, daß der Mann die Schuldforderung in solutum

1) So z. B. L. 78. §. 5. L. 80. L. 83. D. de iure dot. vergl. L. 56. pr. D. eod.

2) L. 36. init. D. eod.

3) L. 26. §. 2. D. mand. L. 18. D. de fideiuss. L. 68. §. 1. D. de eviction.

4) L. 22. §. 2. D. mand. L. 45. §. 7. D. eod.

annehmen wollen? Wäre dies, so müßte er auf jeden Fall, er möchte etwas bekommen haben oder nicht, nach geendigter Ehe die Summe zurückzahlen. Man kann die Frage auch so stellen, ist es anzunehmen, daß der Mann sequutus est fidem debitoris delegati? Mich dünkt, man kann dies in der Regel unbedenklich verneinen, denn es ist hier ja gar nicht Absicht, durch die Delegation eine Schuld zu tilgen, sondern eine dos zu bestellen, und zu dieser Bestellung gehört etwas Reelles, etwas was da ist. Dies wird gleich bestätigt durch L. 41. §. 3. D. de iure dot. Paulus lib. 35. ad Edictum.

Si a debitore mulieris sub conditione dos promittatur, et postea, sed antequam maritus petere posset, debitor solvendo esse desierit, magis periculum ad mulierem pertinere placet; nec enim videri maritum nomen secutum eo tempore, quo exigere non poterit. Quodsi iam tunc debitor, cum sub conditione promitteret, solvendo non fuerit, periculum viri esse, *quod sciens tale nomen secutus videretur*, quale initio obligationis fuerit.

Was hier von einer bedingten Schuld bis zum Eintritt der Bedingung behauptet wird, muß auch im Augenblick der Uebertragung von einer unbedingten gelten, denn auch hier darf nicht präsumirt werden, daß der Mann die Insolvenz gekannt habe, und diese Unwissenheit ist dort der wahre Entscheidungsgrund, weshalb an kein sequi nomen gedacht werden darf. Auch dort wird vorausgesetzt, daß die Bedingung später eingetreten, der Eintritt dieser fällt mit dem Zeitpunkt der Delegation, wenn die Forderung unbedingt war, zusammen: bei der eigentlichen Delegation dagegen tritt immer völlige Abfindung ein, die Forderung mochte bedingt sein oder nicht, es sei denn daß die Bedingung wegfiel, und nur in so weit steht noch die bedingte Forderung auf Gefahr des Deleganten. Also die delegatio in dotem facta muß so angesehen werden, als läge dabei eine Vereinbarung in der Mitte, daß die Frau die Gefahr tragen solle. Dies geht dann aber, wie wir gesehen

haben, nur so weit, als der Delegatar, also hier der Mann, nicht selbst Schuld ist, daß die Insolvenz des Schuldners ihm Schaden gebracht hat: es muß ihm gar nichts zu imputiren sein, und nur der reine casus trifft ihn nicht. Eine solche Schuld ist aber immer vorhanden, wenn er das fällige debitum nicht sogleich einforderte, er konnte es ja, warum that er es nicht? Daher wird in L. 33. init. D. de iure dotium der Satz unumwunden aufgestellt:

„Si extraneus sit, qui dotem promisit, isque defectus sit facultatibus, *imputabitur* marito, maxime si ex necessitate, non ex voluntate dotem promiserat.“

Ohne Zweifel aber ist dies durchgreifend; da der Mann weiß, daß seine mora den Verlust des Geldes zur Folge haben kann, warum klagte er denn nicht? „Dolus est“, sagt Ulpian in L. 44. D. mand. „si quis nolit persequi, quod persequi potest.“ Aber auch angenommen, daß er aus Nachlässigkeit, aus Sorglosigkeit seine Pflicht unterließ, oder weil er etwa glaubte, daß der Schuldner so reich sei, daß alle Furcht thörigt sein würde, so ist doch nichts billiger, als daß ihn selbst die Folgen seiner Fahrlässigkeit und Leichtgläubigkeit treffen.

Man könnte allerdings versucht sein, auch hier die culpa auf diligentia quam suis zu beschränken, allein davon ist in allen Fragmenten, die von nominibus in dotem handeln, keine Spur, vielmehr sieht man ganz deutlich, daß die Juristen hier eine volle und unbedingte Imputation gelten ließen. In der That sind auch, wie schon aus dem Vorigen erhellt, die Verhältnisse hier ganz anders, denn jene Beschränkung paßt nur auf Sachen, die schon in der ehelichen Gemeinschaft begriffen und dem gemeinsamen Betrieb und Gebrauch unterworfen sind; hier ist streng genommen gar keine dos bestellt, denn die Absicht ist ja, daß das Geld, was noch eingetrieben werden soll, in dote sei. Ohne Zweifel konnte der Mann verlangen, daß die Frau für die Eintreibung selbst sorgen und ihm das Geld in natura, wie man zu sagen pflegt, übergebe. Er verrichtet hier

also gutwillig gewissermaaßen ein fremdes Geschäft, und wir haben gesehen, daß bei fremden Geschäften die höchste Sorgfalt verlangt werde 1). Noch möchte aber der Umstand zu berücksichtigen sein, wie wenn der Mann sehr triftige Gründe hatte zu vermuthen, daß der durch Unglück in augenblickliche Verlegenheit gerathene Schuldner, wenn er ihm Frist gäbe, sich erholen, wenn er ihn gleich angriffe, gerade dadurch zum Nachtheil der Forderung, in den Concurs hineingedrängt werden würde; handelte er nicht löblich, wenn er ihm Zeit ließ? Dies würde zu behaupten sein, wenn es seine Sache wäre dies zu beurtheilen, allein es ist in der That Sache der Frau, und ihm liegt ob, wenn er dies glaubt, die Frau (will er völlig sicher sein, vor Zeugen) zu fragen, ob er ferner Credit geben solle, und ob sie ihn dazu bevollmächtigen wolle, da denn von selbst die Gefahr auf sie zurückfällt 2). Thut er es ohne diesen Auftrag, so thut er es auf seine eigene Gefahr: secutus est fidem debitoris 3).

Kein Anderes kann gelten, wenn auf andre Weise, als durch Delegation und Stipulation, die Uebertragung geschehen ist, z. B. durch Litiscontestation 4), d. h. durch Cession, denn immer ist hier ein Auftrag, der mit allem Fleiß ausgeführt werden soll; so auch wenn Schuldscheine in dotem gegeben

---

1) Ueber den dort als Grund angegebenen repräsentativen Charakter s. noch L. 31. in f. D. mandati: qui alterius negotia administranda suscipit, id praestare debet in sua persona, quod in aliorum. Der Mandatar muß sich, wie man sieht und auch bekannt genug ist, ganz und gar in die Stelle des Andern setzen, sogar in Verhältnissen gegen sich selbst, wie könnte hier eine Beschränkung auf dolus oder in eigenen Sachen angewöhnten Fleiß Statt finden?

2) Vergl. L. 6. D. de pact. dotal. und L. 12. §. 14. D. mand.

3) *Ganz klar ist dies auch in L. 53. D. de iure dot. enthalten.

4) Im weitern Sinn des Worts Delegation ist diese Art, einen debitor anzuweisen, mit darunter begriffen L. 11. D. de novat. Dagegen nimmt L. 2. C. de O. et A. das Wort im engern Sinn.

worden: er konnte ja, sagt Paulus in L. 49. D. solut. matr., den Schuldner belangen, da er zur Klage bevollmächtigt war, nur wenn er sine dolo malo nicht einfordern konnte, kann er auch weder durch die dotis actio, noch durch die actio mandati belangt werden. Noch ein Fall, der in L. 20. §. 2. de pact. dotal. vorkommt 1), gehört hieher: der Vater hatte sich gleich ausbedungen, daß während der Ehe, so lange er lebte, die von ihm versprochene dos nicht solle gefordert werden können, nachher starb er. Nun erst kann die dos gefordert werden, aber in dem Augenblick, da die Forderung eintritt, ist auch schon ein Dritter, der sich auf das persönliche Verhältniß des Vaters nicht berufen kann (extraneus debitor) vorhanden, nämlich der Erbe des Vaters. Hier heißt es denn, trieb der Mann nicht sofort nach dem Tode des Schwiegervaters die dos ein, so haftet er wegen dieser Schuld, den Fall nur ausgenommen, da er überhaupt nicht einfordern konnte 2). Das Resultat hat also keinen Zweifel: ward ein nomen debitoris in dotem gegeben, so trifft nur die Gefahr den Mann, welche durch seine Zögerung beim Einfordern verursacht wurde, alle übrige Gefahr ist Sache der Frau; nicht also den casus fortuitus, das periculum im umfassendsten Sinne trägt der Mann, wenn gleich die Insolvenz des Schuldners immer ein casus ist, sondern er trägt nur die culpa, welche diesen casus zur Folge gehabt hat 3). Er konnte diesem Unglücksfall durch eine leichte gefahrlose Thätigkeit vorbeugen, ein casus fortuitus ist aber nur dann vorhanden, wenn von menschlichen Kräften nicht zu erwarten, daß sie ihn abzuwenden vermögen. Alle Gefahr geht erst dadurch auf den Mann

1) *Vergl. L. 38. D. de pactis — ne a se, neve a filio suo dos peteretur.

2) Vergl. L. 53. D. de iure dot.

3) Die Neuern nennen dies casus mixtus, ohne daß dadurch eben viel aufgeklärt wird. Aber es ist schon oft vorgekommen, daß man da, wo klare Einsicht der Sache abging, mit Namen aushalf.

über, daß er Credit gab, z. B. wenn er Zinsen einforderte 1); erst dann kann man von ihm sagen: nomen bonum fecit. *Sobald er Credit gab, war es so gut wie im Falle der L. 19. D. de iure dot.: Etiamsi alii iussu mariti dos detur, nihilominus maritus de dote obligatur. Auch dies war eine Disposition über die ihm promittirte dos, die ihm übel gedeihen konnte, die aber eine unbedingte obligatio für ihn zur Folge hatte.

Ganz anders freilich muß sich die Sache verhalten, wenn der Vater, die Frau selbst, einer, dessen Erbe sie wurde, oder ein Dritter, der damit der Frau ein Geschenk machen will, die Versprechenden und auf Zahlung zu Belangenden sind. Unterläßt der Mann in einem dieser Fälle die Eintreibung durch richterliche Hülfe, so wird ihm dieß gar nicht zugerechnet. Bei der Frau versteht sich dies von selbst, denn wo sie selbst oder ihr Erblasser zu zahlen hatte, da kann sie sich unmöglich über unterlassene Einforderung beklagen. Sie kann also nichts mehr von ihm verlangen, als daß er sie quittire 2). Aber auch das sah man als etwas Unwürdiges an, wenn eine Tochter sich darüber beschweren wollte, daß ihr Vater nicht zur Bezahlung durch Zwangsmittel angehalten worden, und so ward nicht darauf geachtet 3). Was endlich den Schenker betrifft, so sollte es auch bei diesem dem Manne niemals zu Schulden kommen, wenn er ihn verklagt hatte, denn, meinte man, es sei etwas Widersinniges, jemandem daraus einen Vorwurf zu machen, daß er freier Güte keinen Ungestüm und keine Strenge entgegensetzen wollen, und den geschont habe, welchen aus gleicher Rücksicht die Gesetze schonten, indem sie ihm das beneficium competentiae gegen den Beschenkten zugestanden 4). Merkwürdig ist,

1) L. 71. D. de iure dot.

2) L. 33. D. eod. L. 41. §. ult. eod. L. 66. §. ult. D. solut. matr.

3) L. 33. cit.

4) So muß dieses gefaßt, und nicht etwa das beneficium competentiae für sich allein als Entscheidungsgrund angesehen werden. Sonst würde

daß die abweichenden Meinungen des Julianus über dieſe Punkte, ungeachtet ſie von Ulpian in L. 33. de iure dot. widerlegt werden, ſich doch in den Pandekten vorfinden, nämlich in L. 30. §. 1. D. solut. matr. und L. 49. D. de iure dot.; allein dieſe Bruchſtücke ſind, wie man wohl ſieht, wegen des Uebrigen, was noch in demſelben enthalten iſt, und wogegen Niemand Zweifel hegen wird, darin aufgenommen. Nach der klaren Abſicht der Compilatoren muß man alſo von jenem ganz abſtrahiren. Daß Löhr dies überſah, erklärt und entſchuldigt ſeinen Irrthum.

Da das Vorhergehende auch als ein Commentar zu der L. 33. D. de iure dot., welche Alles, was hier in Betracht kommt, kurz zuſammengefaßt, angeſehen werden kann, ſo wird es mir erlaubt ſein, dieſe noch als den Schlußſtein hierher zu ſetzen:

Ulpianus lib. 6. ad Sabinum.

„Si extraneus sit, qui dotem promisit, isque defectus sit facultatibus, imputabitur marito, cur eum non convenerit, maxime si ex necessitate, non ex voluntate dotem promiserat. Nam si donavit, utcunque parcendum marito, qui eum non praecipitavit ad solutionem, qui donaverat, quemque in id, quod facere posset, si convenisset, condemnasset. Hoc enim Divus Pius rescripsit, eos, qui ex liberalitate conveniuntur, in id, quod facere possunt, condemnandos. Sed si vel pater vel ipsa mulier promiserunt, Iulianus quidem lib. 16. Digestorum

---

folgen, daß auch in dem Falle der L. 32. D. solut. matr., wenn der erſte Mann dem zweiten die dos erſter Ehe als debitor der Frau verſprach, ein Gleiches gelte. Auch hier hätte das beneficium competentiae Statt gefunden, wenn die Frau ſelbſt geklagt hätte, dennoch tritt hier kein hinreichender Schonungsgrund ein, da weder eine Liberalität vorhanden war, noch die dem Manne ſchuldige Achtung ſo viel wirken kann, wie das Verhältniß zwiſchen Vater und Tochter, am wenigſten nach einer feindlichen Abſonderung. Vergl. L. penult. D. de iure dot. L. 41. pr. D. re iud. Cuiacii observ. lib. 12. c. 17.

scribit, etiam, si pater promisit, periculum respicere ad maritum: quod ferendum non est, debebit igitur mulieris esse periculum. Nec enim quicquam iudex propriis auribus audiet mulierem dicentem, cur patrem, qui de suo dotem promisit, non urserit ad exsolutionem; multo minus cur ipsam non convenerit. Recte itaque Sabinus disposuit, ut diceret, quod pater vel ipsa mulier promisit, viri periculo non esse; quod debitor, id viri esse („scilicet si non convenerit eum"); quod alius, scilicet donaturus, eius periculo, ait, cui adquiritur, adquiri autem mulieri accipiemus, ad quam rei commodum respicit."

Hatte übrigens der Mann durch Acceptilation den Schuldner freigelassen, so war es so gut, als wenn gezahlt worden, und nun war freilich die volle Gefahr sein, denn es wurde so angesehen, als habe er dem Schuldner ein Geschenk machen wollen. Er wird also dadurch unbedingt die Summe schuldig, es sei denn daß die Frau ihn zur Acceptilation beauftragt, denn alsdann tritt in die Stelle der getilgten Forderung, die Verbindlichkeit der Frau aus dem Mandat, den Mann schadlos zu halten; diese obligatio ist nun in dote, und wird die Ehe getrennt, ehe sie erfüllt wird, so steht natürlich der Frau die exceptio doli entgegen. Hier ist also der Mann von allem periculum befreit. Das Nähere s. in L. 36—38. D. de iure dot. 1).

Endlich ist noch der wenig beachtete Fall hier belehrend, da ein Dritter eine specielle Sache schuldig war, und die Forderung auf diese in dotem gegeben wurde. Davon spricht

L. 56. pr. D. de iure dot. Paulus lib. 6. ad Plautium.

Si is, qui Stichum mulieri debet, in dotem delegatus sit, et antequam solveret debitor, Stichus decesserit, cum neque per debitorem stetisset, quo minus solveret, *neque*

1) Vergl. L. 10. §. 6. L. 27. pr. D. mand.

maritus in agendo moram fecisset, periculo mulieris Stichus morietur; quamquam etiamsi *moram* maritus fecerit in exigendo, *si tamen etiam apud maritum moriturus Stichus fuerit*, actione dotis maritus non teneatur.

Das ganze periculum des Mannes ist hier, unserm Grundsatz zufolge, der auch diesen Fall beherrscht, lediglich auf seine culpa und mora gestellt, und diese macht ihn nur dann und nur darum verantwortlich, weil ohne diese das Unglück nicht eingetreten wäre. Woraus denn von selbst folgt, daß der reine Zufall, in so fern ihn der Mann nicht besonders übernahm, immer auf Gefahr der Frau steht; kurz: das periculum culpae trifft den Mann, das periculum casus die Frau.

6) Von dem Fall, da die Befreiung von einer Forderung in dotem gegeben worden 1).

Das periculum kann hier nur indirect zur Frage kommen, in so fern nämlich, als es zweifelhaft ist, ob, wenn die Forderung auf eine species ging, diese oder auch die liberatio obligationis, in dote sei. Dies kann in Hinsicht der Accessionen wichtig sein, z. B. bei den Römern des partus ancillarum; war nämlich die Sklavin in dote, so mußte auch die Geburt mit herausgegeben und in Hinsicht beider vom Manne, nach der Regel, dolus et culpa prästirt werden; machte hingegen die Befreiung von der obligatio die dos aus, so mußte nur die obligatio restituirt und also was in dieser enthalten gewesen war, mithin nur die ancilla zurückgegeben werden. Nach der Entscheidung des Celsus 2) kam es hier darauf an, ob der Mann zur Zeit der Bestellung die Sache, die er schuldig war, in Händen hatte, dann sei die Absicht zu vermuthen, diese selbst brevi manu in dotem zu geben; wo nicht, das Gegentheil. Auch beim fundus debitus kann dies in Betracht kommen, und insbesondere

---

1) L. 12. §. ult. L. 44. §. 1. L. 45. L. 57. de iure dot. cf. L. 53. sol. matr. L. 47. mand.

2) L. 58. §. 1. D. de iure dot.

deshalb, weil davon, wenn er nicht alternativ verſprochen iſt, die Frage abhängt, ob er vom Manne veräußert werden darf. Darüber iſt nachzuſehen L. 9. 10. D. de iure dot.

Nachdem wir nun die verſchiedenen Arten, eine dos zu beſtellen, mit Rückſicht auf das periculum durchgegangen ſind, iſt nun auch noch

7) von den einzelnen Verträgen zu handeln, welche auf das periculum bei der dos Einfluß haben. Hier muß L. 6. D. de pactis dotal. an die Spitze geſtellt werden.

Ulpianus lib. 4. ad Edictum.

Pomponius ait, maritum non posse pacisci, ut dolum solummodo in dote praestet, videlicet propter utilitatem nubentium; quamvis pacisci possit, ne sit periculo eius nomen debitoris, qui ei dotem promisit; nam et ut sit dos periculo mulieris pacisci eum posse probat, et per contrarium, ut ea dos, quae periculo mulieris est, sit periculo mariti.

Was hier vorgetragen wird, iſt uneingeſchränkt zu verſtehen, die Ehe mag dem Vertrage vorhergegangen ſein oder nicht, aus einem von demſelben Pomponius in L. 1. D. solut. matr. angegebenen Grunde, nämlich „quia publice interest, *dotes mulieribus conservari*“ u. ſ. w. Das öffentliche und das Privatrecht berührten ſich hier, und es gab bekanntlich bei der dos Punkte, welche von Verträgen abhingen, andre, welche kein Vertrag, er mochte vor oder nach der Ehe geſchloſſen ſein, anders beſtimmen konnte, als ſie im Recht einmal beſtimmt waren 1). Wenn nun aber, damit den Frauen

1) L. 12. §. 1. D. de pact. dotal. Zu den unwirkſamen Verträgen gehörte z. B., daß der Mann die dos überhaupt nicht ſolle einfordern können, denn hier bliebe dann nichts übrig, wovon die Laſten der Ehe getragen werden konnten, es war alſo gar keine dos vorhanden. L. 11. L. 12. §. 1. in f. D. de pact. dot.; aus demſelben Grunde, daß die Früchte des fundus dotalis, oder die Zinſen der dos pecuniaria zu der dos hinzugerechnet

ihre dos gesichert sei, ein Vertrag, daß der Mann nur dolus, keine culpa prästiren solle, unkräftig war, wie konnte denn gültig verabredet werden, daß diejenige dos, welche sonst auf Gefahr des Mannes stand, auf Gefahr der Frau stehen solle? Es war allgemeine durchgreifende Regel: in dote recipienda mulieris conditio deterior fieri non potest 1). Wird denn nun nicht ihr Anspruch herabgesetzt, wenn sie das periculum freiwillig übernimmt? Die Frage ist sehr natürlich, aber die Antwort nicht weniger, wenn man sich nur die einzelnen Fälle, die hier vorkommen können, vor Augen hält.

Die geschätzten Sachen, haben wir oben gesehen, stehen auf Gefahr des Mannes. Ward nun aber ausgemacht, daß die geschätzten Sachen nach geendigter Ehe zurückgegeben werden

---

werden sollten, es sei denn daß man bei sehr großer dos dies so verstehen konnte, daß der Mann die Einkünfte zu Capital schlagen, und dann die Zinsen dieses Capitals genießen und gewinnen solle; oder daß die Frau es übernahm, sich und die Ihrigen zu ernähren, und der Mann dagegen die Früchte fahren ließ. Nach der Hochzeit war jenes schon als Schenkung ungültig. L. 4. D. eod. L. 21. §. 1. D. de donat. int. V. et U. Hatte die Frau eine dos, mortis suae causa versprochen, so durfte ihre Genesung darauf keinen Einfluß haben. L. 76. in f. de iure dot. So auch konnte eine Vereinbarung, daß die nothwendigen Verwendungen dem Manne nicht ersetzt werden sollten, nicht kräftig sein, nichts wäre unbilliger gewesen, da er dafür herkommen mußte, wenn diese nicht zu rechter Zeit verwandt worden waren. L. 4. D. de impens. in res dot. L. 5. §. 2. D. de pact. dotal. u. s. w.

1) Wollte der socer oder ein extraneus die dos selbst eigenwillig zurückfordern können, so mußte er es sich gleich Anfangs versprechen lassen, andernfalls forderte die Frau allein oder der Vater mit ihrer Einwilligung die dos zurück, jenachdem sie noch unter seiner Gewalt stand oder nicht. L. 22. pr. L. 29. pr. D. solut. matr. L. 29. §. 1. L. un. C. de rei ux. act. Daß in längeren Terminen die dos zurückgegeben werden solle, konnte nicht ausgemacht werden, wohl aber daß in kürzeren: L. 14—18. D. de pact. dotal. Hatte der Vater sich, für sich allein, die dos versprechen lassen, heißt es in L. 6. C. de pact. conv., so kann er deteriorem causam dotis facere, woraus von selbst folgt, daß er es sonst nicht kann.

ſollen, ſo hat man keinen Kauf ſchließen wollen, ſondern die Abſicht war nur, den Werth beſtimmt anzugeben, summa declaratur, non venditio contrahitur 1). Wie iſt es nun aber in dieſem Fall mit dem periculum? Den Zufall trägt die Frau, da keine Verpflichtung bleibt, eine Sache zurückzugeben, die ohne Schuld zu Grunde gegangen oder verletzt worden iſt; iſt aber eine ſolche Schuld des Mannes vorhanden, ſo muß er nach Maaßgabe des verabredeten Werths den Schaden erſetzen: das periculum casus trägt die Frau, das periculum culpae der Mann. Das war der Sinn des der Schätzung hinzugefügten Vertrages 2), und dies iſt es, was die Neuern aestimatio taxationis causa facta nennen 3). War ein Solches gleich bei Beſtellung der dos verabredet worden, ſo kann vollends über die Gültigkeit kein Zweifel ſein. Aber geſetzt, die Sachen waren Anfangs ſchlechthin geſchätzt übergeben worden; wird nun ſpäter erſt ausgemacht, daß die Sachen, ſo wie ſie geſchätzt worden, ſelbſt zurückgegeben werden ſollen, ſo iſt dennoch der Vertrag nicht weniger gültig, wenn gleich dadurch die Gefahr, welche der Mann bisher trug, auf die Frau übergeht. Allein, was ſie dadurch verliert, wird ihr durch die Hoffnung künftigen Gewinns vergütet: Möglichkeit des Verluſtes und Möglichkeit des Gewinnes compenſiren ſich. Denn war z. B. ein fundus aestimatus in dotem gegeben, und der Werth dieſes fundus hatte ſeit der Beſtellung beträchtlich zugenommen, ſo kommt dies dem Manne zu Gute, wenn die Schätzung venditionis causa geſchehen war, der Frau dagegen, wenn ſie taxationis causa vorgenommen worden. Bei den Römern war noch insbeſondere der Fall wichtig, wenn Dotalſklavinnen

1) L. 69. §. 7. D. de iure dot.

2) L. 21. C. eod.

3) Einige wollen ſogar dieſe präſumiren, allein dies iſt ein Punkt, der für jeden einigermaaßen verſtändigen Geſetzausleger gar nicht controvers ſein ſollte.

geboren hatten, oder einem Dotalſklaven für ſeine Perſon eine Erbſchaft oder ein Legat zugefallen war: wie ſehr konnte nicht dadurch die dos erhöht werden! Keiner dieſer Vortheile aber kam auf Rechnung der Frau, wenn die dos ſo ſchlechthin geſchätzt blieb, ſie fielen ihr aber alle zu, wenn verabredet wurde, daß die Sklaven ſelbſt, obgleich nach der frühern Schätzung, zurückgegeben werden ſollten. Vollkommen befriedigend iſt daher die von Modeſtinus in L. 2. 6. D. de iure dot. aufgeſtellte allgemeine Regel:

„Ita constante matrimonio permutari dotem posse dicimus, si hoc mulieri utile sit, ut ex pecunia in rem, aut ex re in pecuniam.“

Dies kann aber auf mancherlei Weiſe geſchehen: z. B. wenn verabredet wird, daß für einen Sklaven, den der Mann ſchuldig war, eine beſtimmte Summe in dote ſei 1), und umgekehrt; ferner wenn mit Willen der Frau die Dotalſache verkauft wird, da denn der Kaufpreis in die Stelle tritt 2) oder umgekehrt, wenn für das in dote befindliche Geld mit Zuſtimmung der Frau Sachen angeſchafft werden, damit dieſe fortan die dos ausmachen 3); nicht weniger aber auch dadurch, daß, wie erwähnt worden, vertragsmäßig ausgemacht wird, daß die früher geſchätzten Sachen nunmehr ſelbſt, nach ihrem angenommenen Werth, zurückgegeben werden ſollen, denn auch hier geſchieht eine wahre permutatio ex pecunia in rem, und wird nachmals ein Sklavenkind geboren, ſo erhält es die Frau, wogegen das in der Zwiſchenzeit zur Welt gekommene dem Manne verbleibt, weil er bis zum Vertrage die Gefahr getragen 4).

Mit dem eben erörterten Fall hat derjenige viel Aehnlichkeit, da durch Vertrag ausgemacht wird, daß die geſchätzten

1) L. 25. D. de iure dot.

2) L. 32. de iure dot. L. ult. D. de pact. dotal.

3) L. 27. L. 54. D. eod.

4) L. 18. D. de iure dot. L. 66. §. 3. D. solut. matr.

Sachen von nun an ungeschätzt sein sollen; aber in einem Punkt findet sich doch ein bedeutender Unterschied. Nämlich bei den nun für ungeschätzt erklärten Sachen tritt nunmehr die Regel ein, daß diligentia quam suis zu prästiren sei, dagegen gehört die dos summae declarandae causa aestimata unter eine andere Regel, nämlich die, daß bei solchen Sachen custodia zu prästiren ist. Waren also in unserm Fall die Sachen in dieser Absicht vorher ästimirt, so wird dadurch, daß sie nun ungeschätzt sein sollen, wirklich die praestatio culpae herabgesetzt, und nur nicht die culpa ultra dolum ganz ausgeschlossen. Aber warum sollte dies nicht eben so gut thunlich sein, als wenn sie vorher des Verkaufs halben geschätzt waren, und nun also durch die Aufhebung der aestimatio die Verpflichtung des Mannes von dem vollen periculum auf die diligentia quam suis herabsetzt, mithin auch der Anspruch der Frau in eben dem Maaße verringert wird? Daß aber dies letztere der Frau dennoch nützlich sein könne, erhellt aus dem Vorigen; aber auch jenes kann ihr zum Nutzen gereichen. Es geschieht hier immer nur indirect, daß die Prästation herabgesetzt wird, die nächste Absicht ist, daß nunmehr die iusta aestimatio statt der vormals verabredeten prästirt werden soll, und so ist eigentlich nichts weiter geschehen, als daß die dos zu ihrer natürlichen Gestalt zurückgebracht worden ist 1).

Man muß sich jedoch hier immer hüten, zu verlangen, daß der endliche Ausgang für die Frau vortheilhaft sein solle 2). Es ist dies allemal ein Handel zwischen Mann und Frau, bei dem verloren und gewonnen werden kann: negotiantur coniuges. Wäre dies anders zu verstehen, so könnte ein solcher Vertrag während der Ehe gar nicht geschlossen werden, denn es wäre dann eine Schenkung. Es muß also vollkommen hinreichend sein, wenn die Frau nur nicht durch das Geschäft

1) L. 29. pr. D. de pact. dotal. L. 27. §. 2. D. de pactis.

2) Vergl. z. B. L 10. pr. D. de iure dot.

ſelbſt übervortheilt worden iſt. Beſſer freilich als durch die bisherigen Verträge wird ſie für ihren Vortheil ſorgen, wenn ſie ſich ausbedingt, daß ihr die Wahl verbleiben ſolle, ob ihr die aestimatio oder die Sache zu präſtiren ſei; dies iſt ebenfalls gültig 1), und den Mann trifft hier offenbar die Gefahr, obgleich er auch die Sache herausgeben muß, wenn die Frau es will. Freilich darf hierin aber während der Ehe keine Schenkung liegen. Eben ſo würde der Vertrag für die Frau nicht unvortheilhaft ſein, daß, wenn der Mann den v. c. geſchätzten fundus verkaufen ſollte, das pretium, es möge nun höher oder geringer ausfallen, in dote ſein ſolle; denn verkauft er gar nicht, ſo muß er die aestimatio leiſten, verkauft er vortheilhaft, ſo iſt dies ein Vortheil der Frau, verkauft er ſchlecht, ſo muß er nach der Regel culpa präſtiren 2). Endlich wird es für ſie ſehr erwünſcht ſein, ſo zu pacisciren, wie in L. 50. D. solut. matr. erzählt wird, daß die Sachen ſelbſt nach dem angegebenen Werth zurückgegeben, falls ſie aber nicht mehr vorhanden wären, dieſer Werth erſtattet werden ſollte, denn hier trifft die Frau nur die Gefahr, wenn die Sachen ohne Schuld des Mannes verſchlechtert worden, das periculum interitus trifft aber den Mann. Auf der andern Seite aber läßt ſich auch ſchlechthin ausmachen, daß entweder die Sache oder die aestimatio gegeben werden ſolle, da denn die Wahl dem Manne zuſteht, und die Folge iſt, daß er für das periculum interitus ſteht, da er in dieſem Fall die aestimatio zahlen muß; die verſchlechterte Sache aber, wenn ihm nun gar nichts zu Schulden kommt, allerdings zurückgeben, dieſe aber dennoch, wenn ſie über die Schätzung hinaus verbeſſert worden, gegen Erlegung der aestimatio behalten kann.

Ein ſolcher Vertrag freilich, daß der Mann nach Gefallen die Sache oder die aestimatio, wenn aber die Sache nicht

---

1) L. 10. §. ult. D. de iure dot. L. 11. D. de fundo dotal.

2) L. 12. §. ult. L. 13. D. de pact. dot.

mehr exiſtirte, auch die aestimatio nicht herausgeben ſolle, würde nimmermehr gültig ſein können 1).

Nach dieſen Vorausſetzungen erklärt ſich nun eine ſonſt ziemlich ſchwierige Geſetzſtelle ſehr leicht. Es iſt die

L. 21. D. de pact. dot. Iulianus lib. 17. Digestorum.

Si mulier dotis causa promiserit certam summam, et pro ea mancipia in dotem dederit *ea conditione*, ut periculo eius essent, et si quid ex his natum esset, ad eam pertineat, stari pacto convento oportebit. Nam constat posse inter uxorem et virum conveniri, ut dos, quae in pecunia numerata esset, permutaretur et transferatur in corpora, cum mulieri prodest.

Die genannte conditio durfte nicht fehlen, wenn eine ſolche Verwandlung vor ſich gehen ſollte, denn ohne ſie wären die Sklaven für die verſprochene Summe in solutum gegeben worden, es wäre alſo dennoch pecunia numerata in dote geweſen, auf ähnliche Weiſe, wie wenn eine res simpliciter aestimata in dotem gegeben worden. Mithin war es die hinzugefügte Clauſel, welche bewirkte, daß die Sklaven, nicht die gleichſam als ihr pretium anzuſehende Summe, vom Manne erſtattet werden mußten, denn da die Frau das periculum übernahm, ſo konnte nicht allein die aestimatio in dote ſein.

Daß aber auch das periculum nominum, ſo weit es den Mann angeht, von der Frau übernommen werden könne, wird aus dem, was oben über dies periculum geſagt worden, zur Genüge erhellen.

Endlich iſt noch

8) von der Befugniß des Mannes zu reden, die actio furti in Beziehung auf culpa anzuſtellen.

Dieſe Frage iſt nicht ohne Bedeutung, obgleich kein Zweifel darüber ſein kann, daß der Mann als dominus dieſe Klage anſtellen kann, denn wir haben auch oben am Beiſpiele des

1) *L. 10. §. ult. D. de I. D.

venditor und creditor pignoratitius gelernt, wie es einen Unterschied mache, ob wegen culpa oder nicht geklagt worden, indem nämlich davon die Frage abhänge, ob das duplum oder quadruplum herausgegeben werden müsse. Keine Lex nun erwähnt hier der culpa bei der dem maritus zuzugestehenden actio furti 1); und in der That kann er auch nach der Regel diese ob culpam gar nicht anstellen, aus den oben für alle Fälle, da nur diligentia quam suis präſtirt wird, entwickelten Gründen. Sobald er jedoch die custodia übernimmt, hat er auch die actio furti wegen culpa, und hier ist es dann mit dieser Klage zu halten gerade wie beim Venditor; stillschweigends geschieht aber eine solche Verpflichtung, allen Fleiß im Bewahren aufzubieten, dadurch, daß die Sachen geschätzt werden unter der Verabredung, daß sie selbst zurückgegeben werden sollen 2).

---

1) In L. 18. in f. D. solut. matr. wird in dem Fall, da die culpa fehlte, ausdrücklich erwähnt, daß er die Klage qua maritus habe; in L. 49. §. 1. de furtis muß eben sowohl dieser Klaggrund ausschließlich gemeint sein, da es sonst kein Beleg zu dem Anfange des Gesetzes: interdum accidit, ut non habeat furti actionem is, cuius interest rem salvam esse, sein könnte.

2) Zum Schluß verstatte man mir noch folgende Verwahrung. Wenn ich oben die Delegation den in dotem gegebenen Schuldscheinen entgegensetzte, so geschah dies nicht, weil es mir unbekannt war, daß zur Zeit unsrer Classiker die bedeutenderen Stipulationen in Instrumenten aufgefaßt zu werden pflegten. Theils aber dachte Löhr bei den Schuldscheinen schwerlich an den Fall, da das Instrument über das dem Manne geschehene Versprechen aufgenommen war, sondern an den, da die Frau ihm, wie nach L. 49. D. solut. matr., ihre Schuldscheine übergab; theils war es meine Absicht gar nicht, die Wichtigkeit des Unterschiedes zwischen mit und ohne Instrument in dotem gegebenen nomina herauszuheben, sondern eben bemerklich zu machen, daß dies ganz gleichgültig sei, und nur niemand sich verleiten lassen dürfe, aus der Uebergabe gleichsam geschätzter Documente etwas zu schließen. Uebrigens verkenne ich es gar nicht, daß dieser Irrthum beim ersten Blick viel Schein hat, zumal da nach L. 2. C. de O. et A. die Aehnlichkeit mit einer emtio nominis so auffallend ist. Allein gerade diese L. 2. würde, wenn es hier noch

eines indirecten Beweises bedürfte, aufs deutlichste zeigen, daß eine in dotem gegebene Forderung nie, sie mag mit oder ohne Instrument in dotem gegeben sein, einer geschätzten Sache gleich zu achten sei, weil nämlich sonst hier immer eine wahre emtio nominis vorhanden sein müßte, und also die Vergleichung mit dieser in einem andern Punkt, wie sie in L. 2. C. cit. angestellt wird, ohne Sinn sein würde. Allerdings sind sich nämlich die beiden Fälle darin ähnlich, daß der maritus und der emtor nominis beide eine actio utilis haben, wenn ihnen nicht die Klage cedirt worden; aber darin sind sie sich wieder unähnlich, daß der emtor bonum nomen facit, da der venditor nominis nichts weiter zu prästiren hat, als debitorem esse, nicht locupletem esse debitorem L. 4. D. de hered. v. act. vend. cf. L. 30. P. d. pignorib., der maritus dagegen dies nicht thut, so lange er sich nicht im Einfordern säumig finden läßt.

Anhang I.

Da der in §. 72. erörterte Rechtssatz, daß die Erben des Vormundes nur für dolus und culpa lata desselben, nicht aber auch für eine von ihm begangene culpa levis herzukommen haben, für die Aufklärung des Verhältnisses der diligentia quam suis etc. zur culpa levis, wie gezeigt worden, von vorzüglicher Wichtigkeit ist, so konnte ich die Meinungen des großen Cujacius und Anderer hierüber nicht mit Stillschweigen übergehen. Sollten sie aber erwähnt werden, so mußte dies mit einer gewissen Ausführlichkeit geschehen, zu der diesmal der Raum einer Note nicht hinreichte. Es sei mir also erlaubt, hieraus einen besondern Anhang zu machen, der denn vielleicht auch noch als ein geringer Beitrag zur Literaturgeschichte einigen Werth erhalten wird.

Cujacius (observ. Lib. 13. c. 39.) hatte bemerkt, daß die Basiliken die L. 1. C. de hered. tut. (oben S. 259.) übersetzten, als sei das erste non vor latae nicht vorhanden. Hierauf in Verbindung mit

> §. 1. I. de perpet. et temp. act., verb.: aliquando tamen etiam ex contractu actio contra heredem non competit, veluti cum testator dolose versatus sit, et ad heredem eius nihil ex eo dolo pervenit.

vertrauend, behauptete er, die L. 1. C. cit. wende bloß die, freilich vom Haufen verkannte Regel, daß der Erbe selbst bei Contracten für den dolus und die ihm gleichstehende culpa lata

des Erblassers nur alsdann hafte, wenn vor dessen Tode lis contestirt, oder der Erbe als bereichert anzusehen sei — auf die Tutel an: daß er dagegen für culpa levis tutoris allerdings hafte, bestätige L. 4. D. de fideiussor. tutor., vermittelst des argumenti a contrario (doch wohl ein zu handgreiflicher Trugschluß, als daß eine Widerlegung nöthig sein sollte); L. 4. D. de magistr. conven. (oben S. 258) rede aber auch nur so gut wie jene von einer negligentia propria des Erben. Dabei fällt ihm doch ein, daß in dieser letzten Lex der Erbe des Tutors dem Erben des den tutor bestellenden magistratus gleich gestellt werden, und von dem letzteren in L. 2. C. de magistratib. conv. gesagt ist: in heredes magistratus, cuius non lata culpa idonee cautum pupillo non est, non solet actio dari. Mich dünkt, war es erst einmal ausgemacht, daß in der L. 4. de magistr. conv. bloß von einer culpa propria die Rede war, so konnten ja in Hinsicht dieser die verschiedenen Erben verglichen werden, ohne daß sie sich in Hinsicht der culpa defuncti nothwendig auch gleich stehen mußten. Cujaz aber hilft sich lieber damit, daß er auch in L. 2. C. cit. das non vor lata streicht, dies allein dadurch rechtfertigend, daß hier derselbe Grund zu einer Correctur, nämlich die aus §. 1. I. cit. geschöpfte Regel, welche nicht auf den Kopf gestellt werden dürfe, vorhanden sei. Fast sollte man denken, die Basiliken wären durch Gleiches bewogen, der Vergessenheit der Kaiser zu Hülfe gekommen. — Allein es kann ja kein Zweifel sein, daß die L. 4. D. de magistr. conv. von einer culpa tutoris, nimmermehr von einer eigenen culpa des Erben sprechen könne, da ja sonst der ganze Nerv der Vergleichung schwinden würde. So wie die Erben des Tutors selbst nicht für bloße Nachlässigkeit desselben, so sollen auch die Erben des magistratus nicht dafür verantwortlich sein, ungeachtet der magistratus selbst für Alles herkommen muß. Wie hätte man schließen können: weil der Erbe des tutor nur für culpa propria, quae est lata, haftet, so haftet der Erbe des magistratus nur

für culpa lata aliena (scil. tutoris)? An eine propria culpa des letztern aber hatte hier Cujaz selbst gewiß nicht gedacht, da ihm der Sinn der Endworte so wenig entgehen konnte, als daß bei ihm eine solche gar nicht denkbar ist, da er ja mit der Bestellung und Caution persönlich überall nichts zu thun hat. — Uebrigens bezieht er die Worte: neque ex damno pupilli lucrum captatum aut gratia praestitum sit auf den Vormund, und sieht sie für Ausnahmsfälle an, in welchen die schwere Schuld, und zwar in ersterem ein eigentlicher dolus, im zweiten eine culpa lata, auf die Erben übergehe.

So in der angeführten Stelle der observatt.; in den Paratitl. ad Cod. lib. 5. tit. 33. denkt er schon an den Rückzug. Er will nun die dort vorgetragene Behauptung gleich anfangs so verstanden haben, es sei zwar Regel, daß der Erbe des tutor wegen seines doli in solidum hafte: L. 49. D. de O. et A., „maxime ex eo dolo, quo res minoris deminutae et dilapidatae sunt, non temere ex alio quolibet, nisi lis fuerit contestata cum tutore". Dieß sei der Sinn der L. 1. C. cit. Wegen der hier und in L. 2. C. cit. weggestrichenen Negation bleibt es übrigens beim Alten, so wie auch, was die culpa levis betrifft: in diesem Betracht führe die communis imperitorum opinio so viel im Munde, als („quod perinde est ac si diceres"): „ex contractu defuncti heredem non teneri, nisi ob delictum defuncti, ac proinde delicti successorem eum tantum esse, non obligationis atque contractus." L. 1. C. cit. gehöre zu §. 1. I. de perpet. et temp. act. zu dieser lasse sich kein Beispiel aus §. plane (?) de action. hernehmen, „quia specialis actio depositi cum sit poenalis, magis ex delicto videtur esse": auch kein Beispiel aus L. 8. D. de precar., denn was hier vom Interd. de precar. gesagt, das werde in L. 4. C. de hered. tut. auch von der actio tutel. gesagt, welche doch ausgemacht ohne Bereicherung gegen die Erben gehe, wenn der dolus den Sachen des Pupillen geschadet, „et argumentum a contrario sensu non valet" (bezog

ſich auf in der Zwiſchenzeit ihm gemachte Einwendungen. — Die jetzige Ueberſchrift der obs. 39. cit. lautet freilich ſchon: Tentatur, in heredem non temere dari actionem venientem ex contractu si delictum quoque versetur.

In den observ. Lib. 21. c. 2. wird nun endlich zugegeben, daß weder in L. 1. C. cit., noch in L. 2. C. cit. ein non wegzunehmen ſei, in der letztern nicht, weil weiter kein Grund vorhanden, in der erſtern nicht, weil in L. 4. D. de magistr. conv. nicht, wie er früher geglaubt, von einer propria culpa die Rede ſein könne, aus dem oben angegebenen Grunde nicht. Nun ſoll aber doch ſchlechterdings ſeine alte Behauptung: „non ex quolibet dolo vel culpa lata tutorum, heredes eorum teneri tutelae actione, tutoribus mortuis ante litem contestatam, sed ex dolo tantum, quo spoliis pupilli tutores suas, vel aliorum per gratiam auxerunt facultates," ihren Glanz behalten und die Beſtätigung auch in L. 1. C. de hered. tutor. gefunden werden. Das fängt er nun ſo an: die Worte neque ex damno — praestitum sit, ſollen nicht etwa (wie es jedem einfallen kann, der auf den natürlichſten grammatiſchen Zuſammenhang des neque mit dem vorhergehenden si non Rückſicht nimmt) eine Ausnahme mehr von dem Satze, daß die Erben nicht für culpa non lata (levis) haften, ſondern eine Erklärung deſſelben 1) („non exceptio, sed explicatio superioris propositionis") ſein, und ſo viel ſagen als: es ſei nur eine nicht zu präſtirende culpa non lata vorhanden, wenn dieſes nicht eintrete. Dieſe Fälle des dolus und der culpa lata dagegen wären allerdings zu präſtiren, aber (ſo macht er den Uebergang) andere Fälle des dolus und der culpa lata nicht. Es iſt hier in dem imaginirten Zuſammenhang zuverläſſig ein Widerſpruch, der nur durch das: nicht zu präſtiren — verſteckt

1) Thomasius de culpa ab haeredib. tutor. praestand. §. 23. will nun auch ſogar die erſte Ausnahme der früher geſchehenen Litiscontestation für eine bloße Erklärung (declaratio) gelten laſſen.

wird, denn einmal sollen die Beispiele erklären, wann keine culpa levis, keine culpa non lata vorhanden sei, und dann sollen sie doch zugleich zeigen, daß die noch übrigen Fälle des dolus und der culpa lata nicht prästible sind. Um nun aber die Ausschließung alles Uebrigen, was etwa noch unter culpa lata und dolus gehören könnte, auch recht vernünftig und begreiflich zu machen, schiebt er nun einen kleinen Zusatz unter. Es heißt nun: „lucro non captato, et incolumi patrimonio pupilli, si dolus ei suus malitiaque sua mala nihil profuit.“ Daß der Pupill gar keinen Schaden gelitten, davon steht in L. 1. C. gar kein Wort, und ist denn etwa kein dolus und keine culpa lata denkbar, die dem Pupillen geschadet, ohne daß sie dem tutor Vortheil gebracht, oder ohne daß dieser auf den Erben gekommen? Und also, damit der würdige Mann doch nur nicht Alles zurücknehmen müsse, soll L. 1. C. den kahlen Satz enthalten, daß eine Contractsklage, also eine reipersecutorische, wegen culpa nicht anders angestellt werden könne 1), als wenn durch die culpa Schaden angerichtet worden, also ein Interesse vorhanden ist, und um diesen Satz herauszulocken, muß aller Wort- und Gedankenzusammenhang aufgelöst werden.

Nebenbei kommen noch in dem kurzen Capitel (welches zugleich seine Reichhaltigkeit beweist) folgende Behauptungen vor:

1) bloße Pönalklagen gingen unbedingt nicht gegen die Erben, wohl aber diejenigen, welche zugleich eine Reipersecution enthalten — wogegen doch noch einige Zweifel

1) Dies hat auch Thomasius a. a. O. bemerkt. Am Ende sagt er aber: „apparet igitur, Cuiacium ex nimio studio explicandi istam §. Instit. ad has ineptiarum angustias esse redactum“: o nein, er hatte einen Irrthum in die Welt gesetzt, und diesen wollte er nicht ganz fahren lassen, ungeachtet er nicht umhin konnte, die Verkehrtheit seiner Gründe, womit er ihn früher unterstützt hatte, einzusehen. Wem das die Achtung gegen Cujacius ein wenig gemindert haben sollte, der lese nur die Dissertation von Thomasius, und sie wird von selbst wieder bei ihm steigen.

denkbar ſind, vergl. Donellus Commentar. iur. civil. L. 15. C. 51. pr. f.;

2) tutorem vel magistratum omne periculum, omnem culpam praestare — was doch wohl kein römiſcher Juriſt geſagt hätte;

3) die Klage gegen den magistratus könnte ſchon deswegen nicht unbedingt gegen die Erben deſſelben gehen, weil ſie eine actio poenalis ſei, nach L. ult. D. de magistr. conveniend., wo es doch am Ende heißt: eadem in magistratibus actio datur, quae competit in tutores. — Warum denn aber wegen culpa lata? Ja, es ſei eine actio mixta, und culpa lata finde nicht Statt, ohne daß ex damno lucrum captatum seu gratia praestitum sit (sic);

4) die L. 6. D. eod. handle, wie man durch Vergleichung mit der Inſcription der L. 4. D. de damn. inf. gewahr werde, von dem Fall, da der magistratus nicht dafür Sorge getragen, daß auf Verlangen cautio de damno infecto beſtellt werde; — da ſchon aus den Worten in L. 6. si vero cavit, et tunc idonei fuerunt, et postea desierunt, erſichtlich, daß dort davon nicht die Rede ſei. Wenigſtens für die Idoneität der Bürgen bei der cautio d. i., wo hier überall Bürgen erfordert werden, hat doch wohl nicht der magistratus, ſondern, wie ich meine, der zu ſorgen, welcher ſich die Sicherheit beſtellen läßt. Irre ich nicht, ſo hat ſich diesmal die goldene Methode des Cujacius nicht ſonderlich bewährt.

Gegen Cujaz war vornämlich Hotomannus 1) aufgetreten. Allein es war einmal das Schickſal dieſer ganzen Unterſuchung, daß man ſich dabei auf eine unbegreifliche Weiſe über alle Interpretationsgrundſätze wegſetzen ſollte. Hotomann ſtellt den wunderlichen Satz auf, daß ſo wie immer, ſo auch hier, wenn aus einem dolus geklagt werde, die Klage nur ſo

1) Lib. 12. obs. cap. 22.

weit, als der Erbe bereichert sei, gehe. Es sei allemal, auch da, wo in einem Contractsverhältniß ein dolus begangen worden, verschieden, ob jemand ex causa negotii contracti oder ex causa doli belangt werde (mit der Contractsklage, oder wie sonst?), und das soll sogar L. 157. d. R. I. 1) beweisen, aber man müsse die Worte: non tantum in id, quod pervenit, auf die ratio doli, die andern: verum etiam in solidum aber auf das negotium in contractu gestum beziehen (nun lese man das Gesetz). Was L. 157. zeige auch apertissime L. 1. C. de heredib. tutor. Uebrigens war sein Haupteinwand gegen Cujaz, wie billig, auf L. 4. D. de magistr. conven. und die Vergleichung darin gegründet, „ubi absurdum esset quaerere, utrum de magistratuum an de ipsorum heredum culpa tractetur 2). Auch bewiesen dies die Worte heredem dolo proximae culpae succedaneum 3).

Bei Thomasius a. a. O., welcher hier seine hauptsächlichsten Vorgänger recensirte, folgt jetzt Ant. Faber. Kein Capitel in dessen Schrift verdient wohl mehr den Titel Conjectur, wie dieses. Die beiden letzten Ausnahmen in L. 1. C. cit., meint er, wären ohne Zweifel von dolus und culpa lata des tutor zu

---

1) „Illum textum sic torquet, sagt Thomasius, ut clamaturus sit, si clamare possit."

2) Daß er L. 4. jedoch selbst nicht recht verstanden, sieht man daraus, daß er L. 2. C. de mag. conv. anzieht, wo doch nicht, wie dort von einer successio in periculum tutoris die Rede ist.

3) Aber, meint Thomasius, es heiße ja auch vom Magistratus selbst: succedere in omnem periculum, und dieser könne doch nur ex facto proprio belangt werden. Sonderbar genug, daß dies niemanden stutzen machte. Freilich Thomasius geht gerade durch, das heiße nichts weiter, als omne periculum propriae administrationis ferre, also succedere in culpam oder culpae succedaneus esse nicht mehr und nicht weniger, als: culpam praestare. „Magistratus quidem ipse in omne periculum succedit, i. e. negligentiae quoque nomine tenetur, si non exegerit satisdationem aut non exegerit sufficientem."

verstehen. Wollte man nun das non wegstreichen, so würden die Exceptionen die Regel zerstören. Allein die beiden Exempel sollten offenbar den allgemeinen Satz belegen, daß man wegen dolus und culpa lata gegen die Erben in solidum klagen könne. Was auch von der litis contestatio gesagt werde, sei keine Ausnahme, sondern eine interpretatio regulae. Die Gedankenfolge nämlich sei diese: Regel sei, culpa levis wird nicht prästirt, also („igitur") hafte man dafür nur, wenn lis contestirt sei, jedoch wenn („at si") aus des Pupillen Schaden Vortheil gezogen worden ꝛc., das heiße: wenn der tutor in dolo oder culpa lata, so hafte er allerdings und unbedingt (und nun lese man das Gesetz).

Nicht weniger abgeschmackt ist die Meinung des Bachovius ad Treutler. Vol. 2. disp. 9. th. 5. lit. d. e., der doch den Treutler bitter tadelt, daß er nicht schon mit seinen Augen gesehen, und an dessen Auctorität sich die Juristen jener Zeit ruhig anlehnten. Er faßte die Schwierigkeit, daß wenn man die beiden Ausnahmen von dolus und culpa lata verstehe, wie er für ausgemacht richtig hält, die Ausnahmen nicht die Regel träfen; greift aber zu der seltsamen Aushülfe: wenn wegen dolus oder culpa lata in concreto geklagt werden könne, so könne nun auch ausnahmsweise die Klage auf levis culpa gerichtet werden, da es einmal naturalis qualitas der wegen dolus anzustellenden Klage sei, daß sie in solidum gehe. Wie wunderlich ist hier mit dem Worte: in solidum, gespielt, und das ist ja eben das Verkehrte, daß die Contractsklage, wenn sie ex dolo angestellt wird, eine besondere Natur habe, und gerade, wenn sie die nicht hat, geht sie in solidum, d. h. sie erfordert kein lucrum. Oder meinte Bachov, es gehöre sich allgemein so, daß wenn nur erst einmal eine Klage fundirt sei, so könne man Alles in sie hineindrücken, auch das, was sonst gegen den Beklagten nicht verfolgt werden könne?

Es ist hier ordentlich so, als wenn, nachdem Cujacius einmal das Wasser getrübt hatte, niemand mehr reines zu schöpfen

vermochte. Aber allerdings Ulr. Huber 1) wußte sich einen frischen Trunk zu verschaffen. Er sagt geradehin, es sei eine merkwürdige Ausnahme von der Regel, daß die Erben unbedingt für die culpa ihres Erblassers haften, wenn dies in Hinsicht der culpa levis des tutor für dessen Erben verneint werde. Das sage L. 1. C. de hered. tut., das L. 4. D. de magistr. conv. Vis legis haec est, heredem de levi tutoris culpa non teneri, und die Beschränkung des Bachovius sei verwerflich. Ueber den nähern Inhalt der beiden Gesetzstellen und insbesondere über die beiden Ausnahmen in L. 1. C. läßt er sich nicht aus. In den Resultaten aber ist Alles hier richtig, auch was er in §. 4. über die propria culpa heredis sagt 2).

Des Thomasius eigene Gedanken sind des Triumphs nicht werth, mit dem er sie vorträgt. Er versteht allerdings die L 4. D. de magistr. conven. von einer culpa propria, ohne durch die Schwierigkeit, die in der Vergleichung liegt, und die einen Mann, wie Cujaz, bewogen hatte, seine Auslegung zurückzunehmen, irre zu werden; nicht weniger aber soll in L. 1. C. de her. tut. von einer solchen culpa propria die Rede sein, ohne daß es darum einer Aenderung bedürfte. Will man sich mit diesem oder jenem neuern Schriftsteller, der alle Fesseln der Auslegungskunst zerbrochen hat, einigermaaßen aussöhnen, und dabei des Thomasius eigenthümliche Manier in der Jurisprudenz kennen lernen, so lese man selbst, wie er die hieher gehörigen Gesetzstellen bearbeitet, denn jede Skizze würde das Original verderben. Nur einiges. In §. 37. seiner angeführten Schrift kommt er auf L. 8. D. de fideiussor. et nomin. In dieser zieht er das princip.

---

1) Praelect. ad P. lib. 27. tit. 7. §. 3.

2) Thomasius freilich denkt nicht so. „Vidit igitur, sagt er, Hub. naevum quendam leviorem in Bachovio, enormem illum naevum opinionis communis non vidit.“ Was mußte nicht ein Cathedermann, wie Thomasius, mit solchen Wendungen ausrichten, denn, wie J. Müller sagt: „Das Volk will Lehrer von entschiedenem Ton!“

der Lex mit dem folgenden zusammen, als wäre es die propositio, auf welche Paulus sodann antworte, und zwar verändere dieser sogleich die ganze Ansicht, erkennend, daß es närrisch sei, zu sagen, die Erben eines Tutors, der sich gar keines dolus und keiner culpa schuldig gemacht, hafteten nicht für seinen dolus und seine culpa. Er stelle dafür gleich das Axiom auf: das iudicium tutelae gehe gerade so auf die Erben über, wie es der Verstorbene aufgenommen; denn, setzt Thomasius hinzu, in Contracten darf die conditio obligationis nicht ex persona heredis verändert werden. Dies Axiom, fahre Paulus fort, gehöre in so fern zum vorliegenden Fall, als der Erbe auch dann nicht zu entschuldigen sei, wenn er auch außerdem für sich anführen könne (si insuper dicat), er habe vormundschaftliche Documente nicht gefunden: er befindet sich hier in iusta ignorantia, da des Vormundes dolus schuld sei, daß sie nicht da wären. Denn gesetzt auch, so soll ferner Paulus sprechen, der tutor habe dolo malo gehandelt, so müsse der Erbe doch haften, da das bei allen bonae fidei iudiciis so sei. Aber auch, was die ignorantia heredis betreffe, so könnten die allegirten (!) Constitutionen ihm nichts helfen; denn diese kämen nur dann der Unwissenheit der Erben zu Hülfe, wenn (man höre!) nach dem Tode des tutor der Erbe aus seinem eigenen facto, nicht wenn er aus einem facto des Tutors belangt werde, um so viel weniger, wenn, wie im vorliegenden Fall (etwan der, worauf das Principium gerichtet war?) schon lis gegen den tutor contestirt worden, denn durch diese u. s. w. wie im Gesetz, von non litis contestatione an bis zu Ende. Diesen vortrefflichen Zusammenhang hat Thomasius dadurch herausgezimmert, daß er zwischen die großgedruckten Worte des Gesetzes die seinigen pro lubitu eingerückt hat, und es ist dadurch ein mixtum compositum entstanden, das dem guten Paulus wohl nicht im Traume durch den Kopf gegangen. Höchst naiv ist es daher, wenn Thomasius sich am Schlusse selbst wie aus fremdem Munde einwirft: „si liceret verbis legum tot verba inserere, quot a

nobis subinde inserta sunt, quamlibet sententiam, etiam legibus plane adversam, ex qualibet lege posse elici.“ Er hätte doch viel klüger gethan, das ganz mit Stillschweigen zu übergehen, und Feldmann's Auctorität war schwerlich im Stande, die einmal gestörte Täuschung wieder herzustellen.

Den Grund, weswegen der Erbe nach L. 4. D. eod. nicht für culpa propria non lata hafte, bringt er so heraus: für culpa levis, meine Ulpian, hafte er nicht, noch viel weniger wegen diligentia exactissima, denn wenn gleich ein anderer negotiorum gestor dafür verantwortlich sei, so führe ja aber der Erbe die schon angefangenen Geschäfte lege coactus weiter. Damit sei denn alles aufgeklärt, — der tutor handelt ja aber auch lege coactus?

In L. 6. D. de magistr. conv. versteht er (§. 41.) das novissime so, als heiße es neuerdings, in der neuesten Zeit. Erst habe Trajan durch ein Senatusconsult die subsidiaria actio gegen den Magistratus eingeführt, dann habe D. Pius fingirt, daß ein Contract, wie mit einem Bürgen, zwischen magistratus und impubes Statt gefunden, bloß aber für den Fall, da die Caution ganz versäumt worden. Zu allererst hätten das denn die Juristen auf den Fall ausgedehnt, da nur nicht hinlänglich cavirt worden, und zwar dolo magistratus (und nun lese man das Gesetz). Ulpian habe, wie man aus L. 6. sehe, ein solches Versehen des Magistr. ein delictum, und die daraus entstehende obligatio für eine obligatio ex delicto gehalten, denn sonst hätte er die fictio des D. Pius nicht zu Hülfe nehmen dürfen. So auch Celsus in L. 7. eod., da er nicht pro virili portione, sondern in solidum gegen die Erben desselben die Klage gegeben. Nicht weniger Modestinus, da er in L. 8. eine actio in solidum contra singulos behaupte, und in L. 9. sich offenbar („non obscure“) zu der Meinung derjenigen neige, die keine Zinsen hier verstatten wollten. Das rescriptum D. Severi et Antonini widerspreche denn aber der Meinung des Ulpian, des Celsus, des Modestinus, und dem Rescript

des D. Pius in L. 6. selbst, so daß hier also Tribunian in einem Titel die widersprechendsten Dinge durch einander gemengt habe (sic).

L. 1. C. de hered. tutor. wird nun so behämmert: Erben des Tutors haften nicht für culpa levis. Nur verstehe man das mit einem Körnchen Salz, („sed cave, ne id nimis crude accipias") denn zuerst gilt es nur von der culpa propria des Erben („si quidem initio id procedit saltem de culpa propria heredum") und habe diese Einschränkung darin ihren Grund, weil sonst schon lis contra tutorem inchoata est, einerlei, ob er schon contestirt, oder doch schon fundirt worden (nämlich durch die culpa des Tutors selbst, wenn ich ihn anders hier recht verstehe). Sodann gebe es auch noch weitere Ausnahmen, in welchen selbst die culpa levis propria nicht zu entschuldigen, nämlich wenn aus dem obgleich durch eigne Nachlässigkeit des Erben angerichteten Schaden des Pupillen Vortheil gewonnen worden, z. B. der Erbe hat von den Gütern des Pupillen welche zurückbehalten, in der Meinung, sie gehörten zur Erbschaft des Tutors, oder er hat aus guter Meinung einem Mächtigen, um diesen für den Pupillen zu gewinnen, etwas aus dem Vermögen des letzteren geschenkt: dies sei unerlaubt, und wenn auch keine culpa lata, doch eine culpa in faciendo, da jener Satz, daß der Erbe nur für culpa levis verantwortlich, doch immer nur von einer culpae omissio gelten könne. — Das kommt heraus, wenn man die schöne Feldmannische Methode anwendet, besonders wenn es mit so vielem guten Willen geschieht.

L. 17. C. de negot. gest. wird ganz von dem Fall verstanden, da die Erben des Curator die Geschäfte pflichtmäßig (?) fortgesetzt. Sie sollen hier nicht für culpa propria non lata haften, weil auf sie nicht „totum (des Thomasius Einschiebsel) officium administrationis" übergehe, d. h. ihre Prästationspflicht nicht so gesteigert sei, als die des Curators selbst (und nun lese man das Gesetz).

Von einer culpa propria verstand auch Mercerius opinion. et observ. L. 2. c. 24. (Otto thesaur. T. II. pag. 1612. etc.) die L. 1. C. cit. Er denkt Alles mit dem Argument zu Boden zu schlagen, daß nicht dieselbe Klage einmal bloß mit dolus, ein andermal auch mit culpa zu thun haben könne; nun gehe aber die act. tut. nach L. 23. de R. I. auf culpa, nach andern Gesetzstellen, die er anführt, und die sich leicht vermehren ließen, aber auch gegen den Erben, folglich ꝛc. Wie konnte er seine eigene kurz vorhergegangene Bemerkung, daß die actio tutelae gegen den Erben wegen nicht fortgesetzter Geschäfte nur auf dolus gehe, so schnell vergessen, und wie konnte er die häufigen Fälle übersehen, da eine und dieselbe Klage, unter verschiedenen Umständen, bald bloß dolus, bald auch culpa trifft? z. B. die actio depositi geht bekanntlich ausnahmsweise auch auf culpa, wenn der Depositar sich aufgedrängt hat. Oder soll etwa die Schwierigkeit darin liegen, daß aus demselben Factum gegen den Erblasser wohl, aber nicht gegen den Erben geklagt werden kann, ungeachtet doch die Klage an sich gegen beide geht? Dies zu erklären war freilich die Aufgabe, welche man lösen, oder sich dabei beruhigen mußte, da die Gesetze mit unbefangenen Augen angesehen, über diesen Punkt so klar sind.

Diese Verkehrtheiten gehen eigentlich ins Unendliche, und man kann schon zum voraus versichert sein, daß die verschiedenen Versuche, diese selbstgeschaffene Verwickelung zu entwirren, hier nicht erschöpft sind. Doch schon mehr als genug hiervon; nun erlaube man mir noch auf dasjenige aufmerksam zu machen, was der sel. Spangenberg in der Gebauer'schen Ausgabe des Corpus iuris zur L. 1. C. quaest. notirt hat. Er wirft unsere Meinung mit andern commentis des Bartolus und Baldus, wie er sich auszudrücken beliebt, in die Polterkammer 1),

1) Dies klingt so gefährlich, daß schon allein darum die bisherige Ausführlichkeit verzeihlich wird.

und läßt mit einem, hier aber von einer spätern Hand corrigirten, Götting. Cod. das zweite non nach condemnari weg. Den Einwand, daß dann der Zusammenhang wegen des bedingenden si wieder corrupt ist, sieht er vorher, schützt sich aber mit der Bemerkung, daß die Classiker oft si für etsi gebrauchten. Kein Wunder, daß auf diese Aushülfe weder Cuiacius noch Mercerius gefallen sind.

Anhang II.

Zwei Theorien, welche drei Grade der culpa annehmen, von der ehemaligen communis Doctorum opinio aber sehr verschieden sind.

Es ist nicht ganz unerhört, daß man den Jac. Gothofredus unter denjenigen vorzüglich nennenswerthen Schriftstellern aufgezeichnet findet, welche die bis auf die neueste Zeit unter den Juristen herrschende und noch immer nicht zu Grabe getragene Theorie der culpa vertheidigt, und im Zusammenhange entwickelt haben. Dies soll denn in seinem Commentar zur L. 23. D. de R. I. geschehen sein. Man muß jedoch vermuthen, daß diejenigen, welche ihm solche Ehre erweisen, entweder seine Schrift gar nicht gelesen haben, oder auch von einer Theorie in genere, wenigstens von der Theorie der culpa in specie gar keinen Begriff haben. Wenn es schon hinreicht, drei Grade anzunehmen, so kann auch Schömann dahin gerechnet werden, der sie sogar überbietet, und ohne Zweifel H. Coccejus, der

auch viel von drei Graden zu ſagen weiß. Sieht man dagegen auf den Geiſt und die Bedeutung jenes Syſtems, und der damit verbundenen Eintheilung, ſo iſt zuverläſſig die Lehre des Gothofredus ihm nicht weniger fremd, als die Donell'ſche Theorie der zwei Grade ſelbſt. Schon darum, damit man nicht auch in der Folge in Verſuchung komme, in weſentlichen Stücken abweichende und ganz neu gearbeitete Theorien mit älteren, die nur blöden Augen mit ihnen nahe verwandt ſcheinen, in eine Klaſſe zu bringen, verlohnt es ſich der Mühe, ein paar ſelbſtſtändige Theorien für ſich zu betrachten und einer ſorgfältigen Kritik zu unterwerfen. Ueber die Theorie des Gothofredus wird indeß wenig zu ſagen ſein, indem ſchon eine flüchtige Vergleichung derſelben mit dem, was bisher abgehandelt worden, zeigen muß, welche Mißverſtändniſſe ihm hauptſächlich im Wege lagen. Er war, wie ich feſt glaube, auf dem Wege zur Wahrheit, und eine gewiſſe Oberflächlichkeit und Unreife iſt es vorzüglich nur, was man ſeiner Lehre ſchuld geben kann, und was ihn wieder vom Ziele ſo weit verſchlug. Dagegen findet man bei H. Coccejus an dem unten anzuführenden Ort einen großen Aufwand von Scharfſinn und Studium, nur iſt er aus übergroßer Künſtlichkeit in Spitzfindigkeiten ordentlich wie verſunken, und es iſt nicht ohne Intereſſe, zuzuſehen, wie ihm dadurch jeder wahre Satz, den er einmal ergriffen, unter den Händen wieder zur Fabel wird. Man könnte ſich nun freilich dieſes Schauſpiel durch eigene Lektüre ſeiner Schrift bei ihm ſelbſt verſchaffen, allein dort wird einem alle Luſt durch die höchſt verworrene, und, wenigſtens nach meinem Gefühl, höchſt widrige Art, wie er ſeine Gedanken vorträgt, vergällt. Ich glaube mir daher ein kleines Verdienſt um den geneigten Leſer zu erwerben, wenn ich ihm die Meinungen und Irrthümer jenes doch nicht unberühmten Mannes über unſern Gegenſtand etwas gelichtet, und in einer leidlicheren Geſtalt vorüber führe, und die dazwiſchen geſtreuten eignen Bemerkungen und Urtheile werden ihm hoffentlich auch nicht unwillkommen ſein. Dieſe letzteren

werden mitunter auch dazu dienen können, das wahre Verhältniß meiner Behauptungen zu den seinigen ins Licht zu stellen. Denn, daß ich es nur gestehe, nicht bloß des Lesers Interesse hat mich hiezu bewogen, sondern auch das meinige, und nicht bloß ein natürlicher Hang, mich mit jedem Autor gern eine Zeit lang zu beschäftigen, der aus allen Kräften zur Einheit strebt[1]), sei es auch nur in einer Materie, sei es auch mit noch so viel theils ärgerlichen theils belustigenden Seitensprüngen; sondern nebenbei war auch Beweggrund, eine kleine Furcht, man möge mir Schuld geben, einige der erheblichsten nova von Andern entlehnt, meinen Vorgängern aber nicht die Ehre der Erfindung gelassen zu haben. In der That haben Coccejus und Gothofredus dies und jenes, welches mit dem, was ich selbst, Gutes oder Schlechtes, dargeboten habe, einige Aehnlichkeit, und vielleicht möchten Andere versucht sein, diese Aehnlichkeit noch größer zu finden, als sie mir selbst, auch wenn ich bloß auf den ersten Anschein sehen will, vorkommt. Vergeblich aber müßte es sein, wenn ich auch noch so treuherzig versicherte, daß ich alles das längstens öffentlich vorgetragen, ehe ich den Coccejus oder den Gothofred zu Gesicht bekommen. Selbst der Beweis würde dem Publikum zu nichts dienen, mir aber ist doch einigermaaßen damit gedient, zu zeigen, wie ich eben nichts zu verhehlen habe und mir im Grunde *nichts* mit jenen gemein ist, als je zuweilen der Buchstabe. — In vollem Ernst gesprochen, ein jeder Schriftsteller, der ein Ganzes geliefert, kann es wohl als sein Recht in Anspruch nehmen, daß man sein Werk auch als Ganzes betrachte und ihn so beurtheile, und will man Einzelnes aus ihm anführen, doch dabei den Blick auf das Ganze nicht

1) Bei den Vertheidigern der gewöhnlichen Theorie der drei Grade ist dieses Bestreben nirgends zu finden. Ihre Einheit ist höchstens eine formelle, eine logische; geht man in die Sache ein, so sieht man gleich, sie wissen nicht, was sie wollen; und dies gilt auch im vollsten Sinn von *Schömann*, den aber freilich auch die logische Einheit nicht hindert.

verliere. Ich will den Compilationen hier nicht ihren literärischen Werth absprechen, oder sie gerade als ganz todte Massen verwerflich finden, aber sie haben doch meistens das Ueble, daß Schriftsteller der erwähnten Klasse darin jämmerlich zerstückelt werden, so daß man die von dem lebendigen Körper abgetrennten Glieder in der neuen Zusammenstellung gar nicht wieder erkennt. Mit diesem Schicksal ist auch Gothofred 1) und vornämlich Coccejus nicht verschont geblieben, wie sich gar zu leicht nachweisen läßt. Auch der letztere wird nicht selten angeführt, ohne daß nur eine Spur davon zu finden ist, man habe das System, was er liefern wollen, dabei vor Augen gehabt 2). Allerdings ist dies Unrecht eben wohl größeren als er, selbst dem Donellus oft und viel widerfahren, obgleich gerade die Eigenthümlichkeit dieses Schriftstellers sich am wenigsten mit der Zerstückelungsmethode verträgt. Was jedoch die vorliegende

---

1) Wenn Höpfner Commentar z. d. Institut. §. 758. nachdem er im Text die culpa levis in culpa in abstracto und in concreto eingetheilt, in der not. 7. L. 25. §. 16. D. fam. herc. L. 72. D. pro soc. und L. 17. D. de iur. dot. anführt, dabei aber äußert: „ich sehe also nicht, wie man mit — — — J. Gothofred. ad L. 23. d. R. I. diese Distinction verwerfen kann"; so sieht man desto besser, daß seine Seele wenigstens in dem Augenblick weder von Gothofred, noch von Donell etwas wußte, und zum Ueberfluß kann man auch noch aus dem, was im Texte folgt, mit Leichtigkeit ersehen, daß er von der culpa in concreto, wie sie die Römer kennen, auch nicht auf das Entfernteste einen Begriff hatte.

2) Schon ein größeres Bruchstück findet man davon bei C. Thomasius Diss. de culparum praestatione, dieser scheint aber nur die collat. iurid. zur Hand gehabt zu haben, wenigstens wird man die eigentlichen Fundamental-Ideen vergeblich bei ihm suchen. Die ganze, natürlich sehr skeptische Schrift macht dem Thomasius nicht mehr Ehre, als viele andre. Sie ist mit einer frechen Arroganz, ohne alle ruhige Ueberlegung, ohne alles sinnige Studium der Quellen geschrieben. Manches ohne Zweifel tadelt er mit Recht, aber er nimmt sich heraus, die großen Alten wegen Meinungen und Widersprüche zu verhöhnen, die theils seine Vorgänger und Zeitgenossen, theils er selbst mit unbegreiflichem Leichtsinn ihnen angedichtet hatten.

Materie betrifft, so hat sich in neuerer Zeit hervorgethan, daß seine schöne Abhandlung über culpa noch so wenig im Ganzen, als im Einzelnen vergessen sei. Nun will ich auch keinesweges behaupten, daß Coccejus in diesem Betracht vorzüglich verdient, der Vergessenheit entrissen zu werden, oder es meinen Kräften zutrauen, ihm diesen Liebesdienst, zumal durch eine eben nicht schonende Widerlegung zu erzeigen. Indessen, da doch nun einmal hier nicht gut von ihm geschwiegen werden konnte, so glaube ich nicht Unrecht zu thun, wenn ich ihn so zeige, wie er gesehen werden muß, wenn man ihm nicht zu viel oder zu wenig thun will. Demnach wird es hoffentlich Verzeihung finden, wenn ich mit diesem Anhang noch einige Seiten mehr anfülle, als sonst nöthig gewesen wäre.

I.

Jac. Gothofredus ad Tit. de Reg. Iur. Leg. XXIII. hat das Eigenthümliche, daß er die culpa in concreto ausschließlich den zweiten Grad ausmachen läßt. Andere zwar bringen sie auch im zweiten Grade an, aber sie vermischen sie da mit der culpa levis in abstracto; dagegen macht bei ihm eben die culpa levis i. a. (er nennt sie freilich culpa levissima) ganz und ausschließlich den dritten Grad aus. Er theilt nämlich folgendermaaßen ein:

1) „diligentia communis omnium hominum, quae hominibus communibus innata est, non acri ingenio vel exquisita industria excitata, sed ex communi sensu descendens“ — das Gegentheil culpa lata.
2) „dilig. propria contrahentis in rebus suis“ — das Gegentheil culpa levis.
3) „d. aliena, exacta, quam diligens paterfamilias rebus suis adhibere amat“ — das Gegentheil culpa levissima.

Sein natürlicher Verstand nöthigte ihn, die Wahrheit einzusehen und auszusprechen, das Höchste, was man der menschlichen Natur zumuthen könne, sei der Fleiß eines fleißigen Familienvaters, nicht aber, daß man ein Argus sei oder das Gras könne wachsen hören. Bei dieser Gelegenheit wird das ad eum modum, quem hominum natura desiderat, sehr richtig durch „is modus humanae diligentiae, quo usque diligentia humana pertingere potest et debet, quod humana natura deposcit, erklärt, und anders Denkende bedeutet, es könne dies weder von culpa lata, noch von einer mediocritas, über die noch etwas hinaus liege, verstanden werden. Es müsse das Aeußerste nothwendig in sich begreifen. Der innere Zusammenhang der L. 32. depos. wird übrigens nicht angegeben, doch aber die auffallende Bemerkung gemacht, jener Ausdruck: ad eum modum etc. ginge auf seine beiden letzten Grade („qui utrique indicantur"). Was dies sagen solle, darüber erklärt er sich nicht. So wie ich die L. 32. verstehe, könnte man dies doch nur sehr uneigentlich sagen. Es hieße so viel als: es ist da von einer culpa die Rede, welche in abstracto nur jener Vorwurf trifft, die aber zugleich in concreto culpa ist. Daß G. dies aber so nicht gemeint, und also wirklich hier wieder die culpa in concreto und die c. levis (seine levissima) vermengt habe, sieht man deutlich daraus, daß er behauptet, beim depositum sei c. in concreto ausnahmsweise culpa lata.

Dem sei nun, wie ihm wolle, so ist sein Hauptfehler, daß er das Verhältniß der culpa in concreto, wie sie beim depositum vorkommt, und derjenigen, welche bei andern Contracten in Betracht kommt, nicht einsah, und sodann, daß er die culpa und nicht bloß die praestatio so eintheilte. Endlich hat er auch auf die Aquilische culpa gar keine Rücksicht genommen.

Die erwähnte Ausnahme, daß beim depositum die culpa i. c. dolus oder culpa lata sei, erklärt er dahin, daß das depositum eins von den wenigen Geschäften sei, welche recht eigentlich zunächst auf custodia gingen, es werde also nichts

weiter, als communis omnium intelligentia erfordert, um einzusehen, daß hier eben so viel custodia angewandt werden müsse, als in suis rebus, mithin sei es culpa lata, wenn man dieser Erkenntniß nicht gemäß lebe. Er gibt dabei seine Freude über diesen Fund sehr lebhaft zu erkennen.

Es ist freilich richtig, damit man nichts Widerrechtliches thue, dazu gehört auch, daß man sich befleißige, einzusehen, was denn recht, und was unrecht ist, was der Andere rechtmäßig von uns verlangen könne und was nicht; allein 1) läßt sich doch gar nicht absehen, warum der, welcher einen Auftrag für den Andern auszuführen hat, und dabei eine fremde Sache in die Hände bekommt, und der, welcher eine Sache miethet, vollends der, dem sie umsonst geliehen wird, nicht eben so leicht sollte begreifen können, daß er wenigstens diligentia quam suis etc. anwenden müsse, als der Depositar; sie sollten ja sogar einsehen, daß es ihre Pflicht ist, noch mehr zu leisten. Und doch soll ja, wie wir sehen werden, auch bei ihnen culpa außer dolus auf culpa in concreto (culpa levis G.) gehen. Selbst von dem socius ist es mir unbegreiflich, warum ihm diese Erkenntniß in Hinsicht ihm anvertrauter gemeinsamer Sachen und Geschäfte schwerer fallen sollte. Sodann 2) die ignorantia iuris kann hier überall so wenig als sonst in Rechtsverhältnissen beachtet werden, und man kann kaum einmal sagen, sie sei culpa lata, aber nicht, weil sie etwa auch culpa levis sein kann, sondern weil sie überall der scientia gleich steht. Dieselben Juristen, welche nach L. 32. depos. annahmen, beim depositum stehe culpa lata dem dolus nicht gleich, hätten sicher kein Bedenken genommen, die Frage, ob ignorantia iuris dabei entschuldigen könne, unbedingt zu verneinen.

Seine Terminologie ist nun vollends ganz falsch. Die technische Bedeutung von diligentia hat er gar nicht recht eingesehen; in L. 22. §. 3. D. ad SCt. Treb. wurde die negligentia suis rebus consueta, culpa levis genannt (ein heller Widerspruch mit seiner eigenen Theorie, nach welcher negligentia maior

quam etc., negligentia suis rebus consueta, culpa levis ist); endlich, und dies ist der Hauptsatz, culpa schlechthin („culpae vocabulum simpliciter prolatum") gehe auf culpa levis (in seinem Sinne also auf culpa in concreto). Dabei sagt er denn naiv genug: „alio sensu levis, non levis culpa dicitur in L. 39. §. tutor datus D. de adm. tut."

L. 23. D. de R. I. wird nun so entwickelt: es würden drei Klassen von Contracten aufgeführt,

1) diejenigen, welche bloß dolus mit culpa lata zulassen: depositum und precarium. Hier sei denn die culpa in concreto (sonst culpa levis) culpa lata;
2) diejenigen, welche dolus und culpa (c. levis i. e. culpa i. c.), und außerdem noch diligentia (c. levissima) zuließen. Diese Klasse füllten die im Text folgenden acht Contracte aus.
3) diejenigen, welche nur dolus und culpa zuließen: societas et communio.

Hier hatte er aufs wenigste noch folgende Schwierigkeiten zu überwinden:

1) L. 5. §. 2. commod., wo bloß das Commodat durch einen gleichen Zusatz ausgezeichnet zu werden scheint, seine sieben übrigen Contracte aber gerade mit dolus et culpa bezeichnet werden.
2) L. 18. D. eod. wo die Fälle, in denen beide Vortheil haben, einen Grad niedriger gestellt sein sollen, als das Commodat gewöhnlich.
3) Alle die übrigen zahllosen Stellen, worin von den übrigen sieben Contracten schlechthin gesagt wird, es sei dolus et culpa, oder gar, es sei culpa levis bei ihnen zu prästiren.
4) Daß bei der dos und der tutela eben so gut von der diligentia quam suis etc. die Rede ist als bei der societas.

Damit quält er sich denn alle die einzelnen Contracte durch, und obgleich er sich nichts daraus macht, auf Auctorität der

Graeci zu behaupten, die beiden Formeln: diligentia diligentis und diligentia quam suis etc., obgleich sie oft opposita wären, drückten doch auch zu andern Zeiten gerade eins und dasselbe aus; so bringt ihn dies Alles doch am Ende zu einer gewissen Verzweiflung und zu den Resultaten:

1) die römischen Juristen ständen in dieser Lehre mit einander in unläugbarem Widerspruch.
2) Ulpian stehe mit sich selbst im Widerspruch, wenn ihm Tribunian nicht etwa nachgeholfen habe.
3) Und dies ist das Endresultat: man müsse Gott und den Richter sorgen lassen.

II.

Cocceius

1) Tractatus de doli, culpae et negligentiae praestationibus (Exercitationes curiosae p. 58. etc. und allein als Disputationsschrift Heidelb. 1672.)
2) Collationes iuridicae ad G. A. Struvium in decis. Sabbathinis (ibid. pag. 132. etc. und allein Heidelberg 1677.)

In Disp. 1. Sect. 1. trägt er die communis DD. opinio vor. Es ist das Bekannte: interessant ist nur, daß er es in §. 2. als gewöhnliche Bemerkung vorträgt, die c. levissima, obgleich sie zuweilen (L. 44. D. d. L. Aq. L. 5. §. 2. commod.) prästirt werde, sei doch vix culpa et proxime accedere ad casum fortuitum, und es sei daher erklärlich, 1) daß selbst da, wo die levissima zu prästiren sei, z. B. L. 11. de negot. gest., nur des dolus und der culpa schlechthin erwähnt werde. 2) Daß, in Hinsicht der culpa Contracte verglichen würden, von denen der eine c. levissima, der andere nicht zulasse, z. B. L. 13. §. 1. de pign. act. 3) Daß zuweilen c. levis unmittelbar dem casus entgegengesetzt werde, §. 6. §. ult. I. quib. mod. re contr. obl. §. 5. locat. (Legis 2. D.?) L. 28. C. eod. L. 4. C. peric. tut. —

Auf diese Weise könnte man es denn auch recht schön rechtfertigen, daß sogar c. levissima in L. 44. D. de L. Aqu. bloß

als Aeußerstes zur culpa (levis) gehöre, und nur wo von custodia und diligentia s. str. die Rede, der dritte Grad gemeint sei. Da wäre denn so ein Mittelding, was man weder recht culpa, noch recht casus nennen möge.

Coccejus war, wie wir gesehen haben, nicht der einzige, der sich nothgedrungen zu dieser Ansicht entschloß.

In Sect. 2. wird nun in einer Reihe von Propositiones an der communis DD. opinio ausgesetzt, was daran auszusetzen war, nämlich nach seiner Meinung. Merkwürdig sind hier folgende Behauptungen:

1) Es sei nicht erschöpfend zu sagen: in Contr. überhaupt werden prästirt dolus, culpa, casus fortuitus: denn wenn gleich culpa, im allgemeinen Sinn, jede Nachlässigkeit umfasse, so werde doch in usu iuris immer (perpetuo) praestatio culpae von praestatio diligentiae (also negligentiae) unterschieden. Man müsse daher culpa und negligentia als verschiedene species sorgfältig von einander trennen.

   Dieß wird unten weiter ausgeführt.

2) Die gemeine Meinung führe, wenn gleich ihren Vertheidigern unbewußt, eigentlich vier Grade mit sich.

   a. Sucht er das durch L. 23. d. R. I. in Verbindung mit L. 5. §. 2. commod. darzuthun. — Die Lesart: quidam sei falsch, und müsse quidem heißen, weil die Florentina allein authentisch sei, weil die Basiliken, ἐν τούτοις δὲ καὶ ἐπιμέλεια, in his vero et diligentia hätten, und weil es absurd sei, zuvörderst mehrere Geschäfte promiscue aufzurechnen, die theils culpa, theils auch dilig. zuließen, und dann die societas, die auch jenes zuließe, wegen Mangel an Prästation der diligentia davon zu trennen. — Im deposito würde nur c. lata, bei der Societät dol. und culpa, beim Kauf, Pacht, Pfand ꝛc. würde mehr als bei dieser, nämlich diligentia prästirt, und doch sei es aus L. 5. §. 2. commod. ersichtlich, daß im Commodat mehr als in den letztgenannten Contr.

zu präſtiren ſei. — Vier Präſtationsgrade kommen wirklich heraus, welches ich aber nirgends habe rügen wollen, da, wenn nur Wahrheit gefunden wird, die Zahl vier ſo gut, wie die Zahl drei iſt; aber Coccejus meint das freilich ganz anders.

b) Die in L. 213. und L. 223. d. V. S. definirte culpa lata und die, wovon in L. 32. D. depos. die Rede, wären ganz verſchieden. Dies iſt in Hinſicht der dort auch erwähnten culpa in concreto ſehr richtig, aber ganz falſch, daß er die Verſchiedenheit darin ſetzt, daß bei jener gar kein Vorziehen eigner Sachen vor fremden vorkommen könne: wer nicht einſieht, was Alle nicht einſehen, meint er, der ſieht es ſo wenig in fremden als in eignen Sachen ein. Ein Anderes aber iſt, im Allgemeinen und immer ſo unwiſſend ſein, ein Anderes iſt, im vorliegenden Fall ſo blind ſein wie keiner, und er es ſelbſt vielleicht ſonſt nie war. Ueberhaupt hat er das: non intelligere quod omnes intelligunt, wie die Meiſten, gar nicht verſtanden. — Sodann liege in der culpa lata der L. 32. ein Vorſatz zu vernachläſſigen und die fremden Sachen den eignen nachzuſetzen, welches ſich mit dem in L. cit. de V. S. als Charakter angegebenen nicht vertrüge — gerade wie die culpa malitiae und versutiae der Gloſſatoren — das gäbe denn wieder zwei verſchiedene Grade; alſo eigentlich hat man fünf, ja man hat noch viel mehr; aber es kommt ja nur darauf an, hat das Recht ihnen verſchiedene Wirkungen beigelegt?!

3) Zu Proposit. 10. wird es weitläuftig auseinander geſetzt, daß in allen Contracten, wobei fremde Sachen vorkämen, nicht bloß, wie die communis opinio wolle, im deposito, die culpa in concreto zu präſtiren. Argumente:

a) Sie ſetze einen vorhergehenden Entſchluß zu vernachläſſigen voraus, man mache separatas rationes suorum et alienorum. Dies ſei ein bösartiger, moraliſch und

naturrechtlich verwerflicher Vorsatz, der an ein wahres Delict, an den dolus gränze. — Uebertrieben und nicht durchgreifend.

Das Nähere unten.

b) Der Herr der Sache, der sie uns anvertraute, müsse darauf rechnen können, daß der Fleiß, den er gewöhnlich bei uns und in unsern Sachen wahrgenommen, auch seiner Sache werde zu Theil werden, wir dürften daher diese Erwartung nicht täuschen, ohne den guten Glauben im Verkehr zu verletzen (fallit iustam opinionem alterius, qui aliter facit, semper igitur praesumitur fallere fidem). — Dagegen ist nichts zu sagen.

4) Die lata culpa in abstracto sei gravior als die in concreto. — Wie ließ sich dieß nach dem Vorhergehenden erwarten? Was er darüber sagt zu proposit. 9., ist mir auch schlechthin unverständlich, wenn man ihm nicht etwa den glänzenden Gedanken zutrauen will, daß bei der culpa in concreto nur eines Menschen Nachlässigkeitsgrad betrachtet werde, bei der in abstracto aber die Nachlässigkeiten aller zusammen auf einen Haufen zu bringen wären, die denn wohl mehr Gewicht haben müßten: und doch scheint er den Worten nach in der That diesen Gedanken gehabt zu haben: „si negligentiam," sagt er, „aut culpam in abstracto concipimus, colligimus, quidquid negligentiae non in uno homine, sed in omnibus inveniri potest, et illud in communi simul consideramus; quod sane multo amplius et gravius est, quam quod in uno homine, hoc vel illo, reperimus."

5) Der Satz, daß lata culpa dem dolus gleich stehe, sei falsch, „qui enim propter causam quamcunque rem gerit, non potest praesumi dolo fecisse" (hatte er denn auch causam negligendi?) — zu Propos. 11.

Dies wird weiter unten ausgeführt.

6) Propos. 12.: „Quod non praestatur in aliquo contractu,

pro culpa non habetur. Illud igitur culpa sola et simpliciter posita utique significat, quod in negotio illo quo agitur praestandum sit" (dies ist nur von der außeraquilischen culpa wahr). Daher umfasse culpa zuweilen nur die culpa lata und daher würden in L. 5. §. 2. commod. und L. 23. de R. I. so manche Geschäfte unter das allgemeine Wort: dolus et culpa gebracht, bei denen doch ganz verschieden prästirt werde. — Das läßt sich Alles noch hören, aber nun geht er sogar so weit, daß wenn, wie in L. 13. §. 1. de pign. act., zwei Contr. einander mit Beziehung auf das einmal gebrauchte Wort culpa gleich gestellt werden, er demnach meint, daß sich der Begriff davon in die beiden vorkommenden verschiedenen Prästationsarten theile, also daß in L. 13. cit. culpa in Hinsicht des Commodats culpa levissima, in Rücksicht auf das dem Commodat gleich gestellte pignus aber c. levis heiße. Welch eine Art zu reden wäre das! Wie kann man gleichstellen oder auch nur vergleichen durch ein Wort, das unbestimmt alle Verschiedenheiten in sich schließt? Man sieht, er hat den Grund gar nicht gefaßt, weswegen culpa schlechthin bald mehr bald weniger zusammenfassen kann. Was von culpa, soll nach Propos. 13. auch von diligentia gelten. So sagt er auch Sect. 3.. I. in f.: „per diligentiam et custodiam illud intelligitur quod cuique negotio convenit." Damit glaubt er vorzüglich alle Schwierigkeiten und alle Einwendungen gegen die Trichotomie aus dem Wege geräumt zu haben.

In Sect. III. wird endlich zuerst Struvius, so wie er in den Exercit. die Theorie der culpa aufgestellt hatte, angegriffen. Struv nahm im Wesentlichen die Theorie des Gothofred an: levissima culpa werde in allen Contracten prästirt (natürlich, wo außer dolus etwas zu prästiren ist), ausgenommen sei allein die societas und communio, wo allein nur c. levis zu prästiren sei. Von dieser culpa levis sei der

frei, welcher parum diligens in suis, non est diligentior in rebus alterius. Dies nennt Coccejus: novior sententia. Was den ersten Punkt betrifft, daß die übrigen Contracte sämmtlich c. levissima zuließen, so sucht er ihn auf die gewöhnliche Weise zu widerlegen, aus dem in der Natur der Sache liegenden Unterschied zwischen Contracten, von denen man Nutzen habe, und von denen man keinen habe, und durch L. 5. §. 2. commod. u. s. w.

Eigenthümlich ist ihm das Argument aus §. 1. I. de O. qu. q. ex contr. §. 2. I. quib. m. re contr. O. L. 1. §. 4. d. O. et A. Darnach sei es einmal überhaupt nicht genug bei der negot. gestio und dem Commodat, talem adhibere diligentiam, qualem suis quis adhibet; gesetzt nun, einer wäre fleißig in dem Seinigen, so würde das in den übrigen Contracten genügen, bei den genannten aber nicht. Aber was will dies Argument? Eben so gut könnte man ja sagen: wenn einer nun diligentissimus ist, so darf das beim Commodat nicht genügen, sondern er muß noch mehr prästiren, als den höchsten Fleiß. Die Worte sagen ja offenbar nichts mehr, als, beim Commodat ꝛc. soll einer nicht mit dem Einwande seine Nachlässigkeit rechtfertigen können, daß er auch in seiner eignen Sache so nachlässig zu sein pflege. Wie weit nun aber in abstracto ihm diese Nachlässigkeit zu imputiren, das, denke ich, muß doch wohl anders woher noch ausgemacht werden.

Endlich wird noch der Ausdruck: parum diligens aus §. 3. I. quib. m. re c. O. chicanirt, und irrig bloß auf culpa lata bezogen, als das Gegentheil dessen, qui ne quidem parvam diligentiam adhibet. Hier könne also die Vergleichung mit eigener Nachlässigkeit nur von c. lata, und von levi entschuldigen. Ueberhaupt sei auch, wie oben gezeigt, omissio diligentiae quam suis, in rebus alienis immer c. lata, also habe Struv den Unterschied zwischen c. in concreto und c. in abstracto gar nicht gefaßt.

Die Disp. II. enthält denn nun erst das entwickelte System des Verfassers, im vorigen war nur noch präludirt.

Sect. 1. bis zur assert. 1. der, si Diis placet, philosophische Theil. Dieser ist in der That schlecht und nüchtern gerathen, und es ist gewiß nicht leicht, ihn mit der Lehre von der culpa in einige Verbindung zu bringen, da er in sich so locker zusammenhängt. Das Brauchbare ist etwa folgendes:

Nicht der Wille, so scheint er sich die Sache zu denken, ist das, was die Handlungen des Menschen gut oder schlecht macht, sondern die vernünftige Erkenntniß. Der Wille bezieht sich auch auf die bloß sinnliche Natur des Menschen: das Schädliche wird zurückgestoßen, das Heilsame angezogen: das hat der Mensch mit den Thieren gemein. Erst durch Vermittelung jener moralischen Erkenntniß wird der Wille vernünftig oder unvernünftig, je nachdem er sich dem Gesetz der Vernunft unterwirft oder nicht. Tadel und Lob werden also erst durch diese möglich, so auch Schuld und Unschuld. Jedoch hat auch der Wille, nur untergeordnet, hieran seinen Antheil, denn eine Handlung kann an sich bös, d. h. gegen die Vernunft sein, und es kann doch sein, daß der nicht bös handelt, der sie begeht. Vornämlich ist das der Fall, wenn es ihm an der Möglichkeit fehlt, die vernünftige Erkenntniß in sich hervor zu rufen. Jeder Zustand daher, der diese Erkenntniß erschwert, verringert die Schuld. Das, was nämlich erst recht die Schuld zur Schuld macht, ist der Wille, der sich dafür bestimmt, das Gefallen an der Unvernünftigkeit, der Entschluß, das Verbotene zu thun. Daran fehlt es, wenn aus Unwissenheit gesündigt wird.

Damit hängt die Frage zusammen: wenn ein Schaden eine fremde Sache, die bei mir sich befindet, trifft, soll ich den Schaden tragen, oder der Eigenthümer? Ereignet sich das ohne mein Zuthun durch bloßen Zufall, so ist es leicht einzusehen, daß ich nicht in Anspruch genommen werden kann, *denn der Schaden hätte die Sache ja auch beim Eigenthümer eben so gut treffen können, er würde eben so wenig haben widerstehen können.* — Wie oberflächlich! — Geschah es aber durch meine Handlung, es fehlte

mir aber an der nöthigen Erkenntniß, was bei jeder Nachläſſigkeit der Fall iſt; ſo kommt es auch darauf an, ob in dem vorliegenden Fall ein Vorſatz zu vernachläſſigen (propositum negligendi) vorhanden war, oder ob aus Schwäche, aus Nachläſſigkeit im engern Sinn („per moram, seu simplicem ignorantiam, seu negligentiam") gehandelt worden. Man ſieht bald, daß er jenen Vorſatz zu vernachläſſigen immer und nur allein bei der omissio diligentiae quam suis adhibet, eintreten läßt, niemals bei Nachläſſigkeit andrer Art (um ſo auffallender ſind ſeine Behauptungen, über c. lata in abstract. am Schluſſe der Abhandlung; davon suo loco). Die letztere ſei daher auch nur in ſoweit culpa und zu präſtiren, als die Geſetze Fleiß verlangten, und nur in ſoweit fände ein Vorſatz dabei Statt, aber kein augenblicklicher, ſondern ein vorhergehender, indem man ſich nicht darauf gerichtet, die Geſetze zu beobachten, die man doch kennen müſſe („praecessit tamen culpa et delictum in eo, quod diligentiae ac rebus cognoscendis, quas ius aut leges requirebant, operam non dederit, in quo adfuit animus delinquendi, cum ultro leges neglexerit"). Culpa ſetzt alſo nach ſeiner Meinung immer ein propositum voraus (beim dolus das eigentliche propositum malitiae, wie er es nachher nennt), bei der culpa in concreto war augenblicklich propositum negligendi, daher, und da es immer dabei Statt finde, heiße dieſe culpa im juriſtiſchen Sinne (heut zu Tage würde man ſagen im techniſchen Sinne), und endlich bei der negligentia, ſoweit dieſe culpa ſei, ein propositum praecedens leges negligendi. — Hierin liegt nun ſchon ſein erſter Irrthum, oder vielmehr die eine Wurzel der Irrthümer ſeines Syſtems. Denn bei Beurtheilung der nähern Ausführung dieſer Sätze wird ſich zeigen, daß dieſer Unterſchied gar nicht charakteriſirt. Auf dieſe Prämiſſen folgt nun gleich der Schluß:

> Auf die culpa negligentiae (simplicis), ſelbſt, wo ſie nicht das Gebiet der Nachläſſigkeit ausfüllt, weil nämlich die Geſetze nicht jeden, ſondern nur einen

gewissen Grad des Fleißes verlangen, folgt immer gleich der casus fortuitus, daher denn dieser sich, je nachdem der Contract das Eine oder das Andere erfordert, bald an die culpa levissima, bald auch an die levis (angeführt werden §. ult. I. q. m. re c. O. L. 13. §. 1. de pign. act. mit einem et caet.), bald sogar an die c. lata (angef. sind: L. 22. §. 3. ad Sct. Treb. und L. 52. §. 2. pr. soc.) unmittelbar anschließt.

Und dies ist denn nun der zweite Radicalirrthum.

Jetzt folgen denn drei assertiones, die dies weiter entwickeln sollen, und zwar

Ass. I. den Unterschied zwischen culpa in concreto (culpa proprio sensu) und der negligentia simplex.

Hier steht der unstreitige Satz an der Spitze:

1) Für Andere fleißig zu sein, ist man an sich und unbedingt nicht verpflichtet, der Schaden mag noch so groß sein, der dem Andern aus unserer Trägheit erwächst. Unter mehreren Beispielen kommt vor: es sieht jemand das Haus eines Andern vom Feuer ergriffen, er kann retten, legt sich aber lieber schlafen, weil er gerade müde ist. — Diese Ansicht, obgleich sie eben nicht neu war, hätte Frucht tragen müssen, wenn nur der Unterschied zwischen culpa in non faciendo mit herbeigezogen und gehörig mit Rücksicht auf die L. Aquil. wäre benutzt worden.

2) Fährt er fort, die Römer erfordern zum Begriff der culpa Illegalität. Dies wird mit mehreren Stellen aus dem Cicero bewiesen.

3) Nicht die negligentia ist an sich und unbedingt illegal, sie ist ein bloßes Nichtkennen, Nichtbemerken, es muß also irgend ein Vorsatz sie erst dazu machen.

4) Daß culpa und negligentia verschiedene Dinge sind, zeigen mehrere Gesetze:

a. *L.* 226. *d. V. S.* Blos die magna negligentia soll culpa sein. — Hier ist eigentlich schon ein Sprung,

denn so wie hier seine Absicht ist, (als gänzlich ausschließende species) unterscheiden kann der Verfasser nur negligentia von culpa in concreto, nicht von der culpa negligentiae simplicis, die c. in concreto kommt aber erst am Ende der assertio. Die Lücke war indessen nicht auszufüllen, ohne dem Original gar zu viel Gewalt anzuthun.

b. *L.* 23. *d. R. I.* Der Socius soll blos dolus und culpa, die andern Contrahenten auch noch diligentia, also negligentia von culpa verschieden prästiren — das kommt nun freilich noch auf die Lesart und auf die Auslegung an.

c. *L.* 29. §. 4. *ad L. Corn. de adult.* — trenne offenbar beides.

d. §. *ult. I. de societat.* und *L.* 72. *D. eod.* Nach beiden solle der Socius einmal für desidia und negligentia haften, dann aber wieder für negligentia nicht. Man sähe aber leicht, die Nachlässigkeit, für welche er verantwortlich gemacht werde, sei diejenige, welche er sich in seinen Angelegenheiten nicht zu Schulden kommen lasse. Also „negligentia simplex, quae naturalis est socio et sine affectu negligendi“ werde offenbar von „negligentia quae cum culpa est“ unterschieden.

e. *L.* 17. *pr. de iur. dot. L.* 1. *pr. de tut. et rat. distr. L. ult. C. de pact. conv.* Nach andern Stellen gehöre diligentia media oder culpa levis in den dort erwähnten Contractsverhältnissen zur Prästation; nun werde aber daselbst noch etwas Anderes: nämlich diligentia quam suis erfordert. Es müßten also zwei verschiedene species der diligentia und mithin der culpa vorhanden sein. Er braucht nämlich die gewöhnliche schlechte Aushülfe, diese Gesetze zu vereinigen: es sei in der ersteren vorauszusetzen, daß derjenige, von dessen Fleiß in eigenen Sachen die Rede, wenigstens ein homo frugi, ein

diligens paterfamilias sei, daher sie denn darauf gingen, daß er auch das residium leisten müsse, wenn er etwa noch fleißiger sein sollte.

f. *L.* 47. §. *penult. de Legat. I. L.* 5. §. 2. *et* §. *ult. comm.* wo eben wie in L. 23. de R. I. L. 17. pr. de iur. dot. und L. 1. pr. d. tut. et rat. distr. citat. diligentia noch von der culpa separirt würde: es müsse also auch wohl das Gegentheil derselben, die negligentia, eine verschiedene species davon sein.

g. *L.* 25. §. 16. *fam. erc.*, wornach der coheres wohl culpa, aber keine diligentia i. e. negligentia prästiren solle. Sie müßten also wohl verschieden sein.

Am Ende werden noch zwei bis dahin unerwiesene Sätze wunderlich genug als Argumente gebraucht.

h. Der Charakter der culpa sei ein ganz verschiedener von der negligentia: culpa führe perfidia mit sich, negligentia sei ohne diese.

i. Culpa sei bloß von einer Art, und lasse keine Grade zu (von der culpa in concreto ist das höchst wahr und richtig, aber es war ja noch in Frage gestellt, ob unter culpa schlechthin diese zu verstehen), die negligentia aber habe drei: lata, levis, levissima.

Die übrigen Argumente scheinen nur noch unbedeutende Zusätze oder Wiederholungen mit etwas anders gestellter Ansicht. So z. B. ist es Wiederholung, daß

k. die Vergleichung zwischen L. 32. depos. und L. L. 213. 223. d. V. S. zeigen, daß in der erstern noch von einer ganz andern culpa lata als in den letztern die Rede sei; beide müßten also speciell verschieden sein — der Vordersatz ist aber falsch, wenn man die L. 32. recht versteht. Siehe oben Disp. I. 2. b., wo es weitläuftiger vorkam.

Jetzt kommen in Assert. 2. und 3. ein paar Behauptungen an die Reihe, die sich zu widersprechen scheinen, die

er aber auf eine höchst künstliche Weise in Uebereinstimmung zu bringen sucht.

I. Es ist gerade dieselbe culpa oder negligentia, die beim depositum und bei der societas prästirt wird.

II. Diese selbige culpa gehört aber doch nur beim depositum zum dolus, bei der societas und bei der communio nicht, bei der letztern hat sie nur die Wirkung der culpa levis. Daß hier die c. in concreto gemeint sei, kann man denken. Da müßte man doch wohl vor allen Dingen den Beweis erwarten, daß sie bei dem depositum aus andern, und bei der societas wieder aus andern Gründen prästirt werde. Aber davon nichts, vielmehr findet man, daß beide als culpa lata prästirt werden sollen. Aber nur beim depositum enthalte sie propositum negligendi, sei also dolus, aber eben darum ist sie auch nach L. 32. depositi beim depos. so gut wie culpa lata: was ist denn der besondere Grund, warum sie bei der societas culpa lata ist? Doch zur Ausführung.

Die Behauptung I. theilt sich eigentlich in zwei Theile.

1) Die culpa quaest. hat beim depos. und bei der societas denselben materiellen Inhalt — das kann man ihm leicht zugeben, und wird es durch die vier von ihm angeführten Gesetzstellen §. 3. I. quib. mod. re contr. O. §. ult. I. de societ. L. 32. depos. und L. 72. pro soc., in Vergleichung mit einander, außer Zweifel gesetzt, und der Einwurf, daß doch in L. 72. und §. ult. cit. von einem parum diligens, in §. 3. cit. aber von einem negligens die Rede sei, hätte füglich unbeantwortet bleiben können, da es in die Augen springt, daß sie dasselbe sagen.

2) Bei beiden sei sie auch culpa lata, und eben als solche zu prästiren, also auch der Form nach sollen sie gleich sein. (Eben das, was ich läugne).

Hierfür hat er einen Hauptgrund:

a. das parum diligens in den bemerkten Gesetzstellen, welche

von der Societät handeln: wer nicht parum diligens sei, präſtire, umgekehrt heiße das, wer parum diligentiam, wie er ſich ausdrückt, anwende, thue genug. Wer aber weniger als wenigen Fleiß anwende, wende gar keinen an, und das ſei eben culpa lata: er wendet nicht den geringſten Fleiß an, indem er nicht einmal bemerkt, was alle Nachläſſigen bemerken. Welche alberne Argumentation! denn

1) dieſe culpa lata, von der hier zuletzt die Rede, iſt ja c. lata in abstracto. Gewiß iſt ſie von der c. in concreto unterſchieden, und er will ſie ja ſelbſt als verſchiedene species davon aufs ſorgfältigſte unterſchieden wiſſen.

2) Mit welchen Augen muß er dieſe Geſetzſtellen angeſehen haben! Sie ſagen ja offenbar: wer nicht dolus oder die ihm gleich ſtehende c. lata in abstr. ſich zu Schulden kommen ließ, aber doch parum diligens oder was daſſelbe ſagt negligens war, d. h. nicht ſo fleißig, wie ein diligens paterfam. zu ſein pflegt, der ſoll nur in Anſpruch genommen werden können, wenn er ſelbſt auch ſonſt in ſeinen Angelegenheiten fleißiger zu ſein pflegt. Von der c. lata zur diligentia diligentis paterf. gibt es hier noch mancherlei denkbare Grade der Sorgfalt, die immer nur dann in die Präſtation fallen, wenn ſie ihm im eignen Haushalt gewöhnlich ſind.

b. Die übrigen Gründe ſind unbedeutend: ſo L. 1. §. 5. de O. et A., es werde darnach magna negligentia im deposito präſtirt, dieſelbe aber komme auch bei der societas zur Präſtation, wie das parum diligens in den angeführten Geſetzſtellen zeige; ferner das Wort diligentia in L. 23. d. R. I. umfaſſe zwei verſchiedene Grade, beim Commodat die maxima, beim pignus die media, für die davon dort abgeſonderte societas bleibe

also nur noch die minima übrig, deren Correlat culpa lata sei u. s. w.

No. II. wird nun in assert. 3. abgehandelt, aber gewiß nicht in sehr guter, oder wenn es auf Disputiren ankäme, vortheilhafter Ordnung. So kommt z. B. die Erklärung von culpa „i. e. desidia vel negligentia" in §. ult. I. de societ und L. 72. D. eod. einmal unter No. 8. als Argument, und nachher unter No. 3. der Einwendungen vor, und soll es dort anzeigen, daß die culpa bei der Societät negligentia simplex sei (das ist durchaus gegen sein System, vergl. assert. II. No. 4. und assert. III. No. 2.), hier aber, daß sie nicht per meram malitiam, sondern per negligentiam non simplicem, sed conjunctam cum proposito negligendi, vollführt werde; so ferner ist ein besonderer Gesichtspunkt, nämlich daß die c. i. c. bei der societas leichter sei, da der socius pro parte dominus, und quisque suae rei moderator et arbiter sei, unter die Widerlegung der Einwürfe gestellt: traute er ihm vielleicht nicht? Doch es kommt hier auf etwas ganz Anderes als Disputiren an, und so werde ich versuchen, erst die einzelnen Schwächen zu zeigen, ehe ich auf die Schwäche des Ganzen aufmerksam mache. Er geht nun davon aus, daß die culpa lata nur deswegen dem dolus gleich gestellt würde, weil in dem Fall derselben dolus zu präsumiren sei. Dies gibt denn zwei Gründe aus der Natur der Sache.

1) Dolus wird nur präsumirt, wenn keine causa vorhanden war, der socius hatte aber causam gerendi arg. L. 25. §. 3. de hered. pet. L. 126. pr. L. 129. pr. L. 167. §. ult. D. d. R. I. L. 5. C. de pet. hered. L. 9. in f. D. ad L. Aquil. L. 3. §. hom. d. lib. exhib. — Es ist leicht erkennbar, daß hier ganz verschiedenartige Dinge mit einander verwechselt sind: in einer Anmaßung, die aus guten Gründen geschieht, gesetzt auch, daß diese eingebildet sein sollten, kann keine mala fides liegen, ohne Zweifel ist hier auch die gestio selbst ohne dolus, aber wie kann es das

propositum negligendi sein, welches der Verfasser immer annimmt? eine causa negligendi war doch nimmermehr vorhanden!

2) Dolus kann hier auch deswegen nicht präsumirt werden, weil von niemandem zu präsumiren ist, daß er sich selbst habe schaden wollen, es sei ja einem jeden natürlich, sich selbst zu lieben — aber wer sich nachlässig in gemeinschaftlichen Angelegenheiten beweist, vollends, wer sie absichtlich gegen seine privativen Angelegenheiten zurückstellt, zeigt ja gerade, daß ihm das, was ihm nur zum Theil angehört, nicht genug am Herzen liege, ja daß ihm der eigne Vortheil wenig gelte, weil er hier mit fremdem verknüpft ist, und der Schaden wenig, weil der Andere ihn theilt. Diese Gesinnung aber ist das, was L. 32. depos. non sine fraude nennt. Dies wird nachher noch weiter ausgeführt.

Sodann gehört hierher noch als Grund aus der Natur der Sache, obgleich in einem andern Gesichtspunkt:

3) das Vergehen der Vernachlässigung sei immer größer bei einer ganz fremden, als bei einer gemeinschaftlichen Sache, denn über das Eigne habe jeder völlig freie Disposition, die res communis sei aber pro parte sein eigen — kein Mensch wird ihm die Freiheit streitig machen, über seinen Antheil (denn dieser nur ist ihm eigen) frei zu disponiren, aber kein Gesetz kann ihn berechtigen, mit der Sache so zu verfahren, daß auch dem fremden Antheil des Andern (dieser ist fremdes Eigenthum) geschadet werde. Ferner werden angeführt als beweisend

4) die Gesetze, wornach bei der societas und den rebus communibus, culpa außer dolus prästirt wird, da doch sonst wie beim depositum die culpa lata immer zum dolus gerechnet, und unter diesem Wort begriffen werde, nämlich:

L. 23. d. R. I. L. 108. §. 12. de Leg. I. L. 25. §. 16.

famil. hec. L. 52. §. 2. p. soc. Dahin gehört aber ebenfalls §. ult. I. de soc. und als Parallelstelle L. 72. D. eod.

Wenn erst erwiesen wäre, daß die culpa in concreto auch dem Namen nach culpa lata sei, und sich sonst kein sachlicher Unterschied zwischen der societas und dem depositum in diesem Betracht finden ließe, so wäre dies freilich arg genug.

Endlich

5) werde die culpa in den zuletzt angeführten beiden Gesetzstellen ja durch negligentia und desidia erklärt und nachher auf culpa in concreto (diligentia quam suis) gestellt, was keinen andern Grund haben könne, als weil sie unter dem Ausdruck dolus mitbegriffen werde — dies ist scheinbar genug, und es gilt davon was vom vorigen.

Um es nun zu erklären, wie hier dolus, die culpa lata quaest. und die von ihm sogenannte negligentia simplex sich zu einander verhielten, führt er schon hier, aber nur bei Gelegenheit eines Einwurfs, den er sich selbst macht, an: dolus ist animus malitiose alium laedendi (malitia mera), culpa aber nur propositum res alterius negligentius gerendi: durch diesen Vorsatz unterscheide sie sich immer von der negligentia simplex (er scheint diese hier mit culpa levis für einerlei zu nehmen, da doch nach seiner Theorie auch die negligentia lata i. e. culpa lata in abstracto dahin gehört), komme aber nur zuweilen dadurch dem dolus nahe, indem er zugleich animus malitiose alium laedendi sei, nämlich wenn er ganz fremde Sachen treffe; zuweilen dagegen führe er keine boshafte Absicht mit sich, nämlich nicht bei gemeinschaftlichen Sachen, und dann habe er effectum culpae levis, und nichts mit dem dolus zu thun.

Man kann es dem Verfasser dieser Theorie nicht absprechen, daß er sein Gewebe künstlich genug gesponnen, und eben diese übergroße Künstlichkeit zusammengenommen mit dem nichts weniger als einladenden Vortrage, sowohl was Styl, als was

Eintheilung, Absonderung und Zusammenhang betrifft, mag die Ursache sein, weshalb man so wenig seit Struv Rücksicht darauf genommen. In der That fehlt es aber auch nicht an Mitteln, der Trüglichkeit seines Mechanismus auf die Spur zu kommen, wenn man ihn nur erst einmal auseinander gelegt und theilweise betrachtet hat. So stehen auch der eben vorgelegten Behauptung desselben und ihrer Begründung folgende Cardinalgründe entgegen:

1) es ist auf diese Weise ganz unerklärlich, warum die Römer die culpa in concreto bei der societas und communio zur c. lata sollten gerechnet haben. Die Antwort, daß dabei ein propositum negligendi vorkomme, ist nicht im geringsten befriedigend, denn es fragt sich weiter: warum macht ein propositum negligendi die culpa zur culpa lata, d. h. zu einer schweren Schuld? Der Grund kann kein anderer sein, als weil etwas Arges in der Gesinnung liegt, da man seinen privativen Sachen ganz oder zum Theil fremde nachsetzt, und das ist eben, was L. 32. D. dep. fraus nennt. Eine an sich leichte Nachlässigkeit wird also durch jenes Hintenansetzen schon eine grobe Nachlässigkeit und Schuld, eben weil sie dadurch dolus, fraus wird. Wollte Coccejus also das Letztere bei gemeinschaftlichen Sachen nicht zugeben, so kann er auch das Erstere nicht annehmen.

   Diese Einwandsfrage kann auch so gestellt werden: Culpa in concreto wird gerade darum bei dem depositum prästirt, weil sie in gewissem Sinn dolus ist L. 32. dep. Weshalb wird sie denn bei der societas prästirt? Die Antwort muß sein: entweder, weil bei dieser auch culpa levis unter Bedingungen prästirt wird, oder: weil auch hier die culpa i. c. dolus ist.

2) Scheint er die culpa lata in abstracto, die doch bei der societas u. s. w. auch vorkommen kann, hier ganz vergessen zu haben. Wie ist es denn mit dieser? Diese kann

doch wegen der fehlenden Präsumtion des böslichen Vorsatzes nicht hier vom dolus ausgeschlossen sein, denn Vorsatz im Sinn des Verfassers (man sollte das denken, aber s. unt. geg. d. Ende) findet bei ihm gar nicht Statt, als etwa das praecedens propositum legibus non obediendi, was denn doch bei der societas dasselbe wie beim depositum und bei den übrigen Contracten sein muß. Demnach findet sich schon in Obigem die Behauptung, keine culpa lata habe bei der societas und communio vim doli.

Das Nähere unten.

3) L. 23. d. R. I., wie der Verfasser sie auslegt, und nach seiner Theorie sie auslegen muß, widerspricht dem geradezu. Unter Voraussetzung seines Axioms müßten nun die Contracte so eingetheilt werden: depositum und precarium prästiren dolus, d. h. dolus mit der culpa s. str. und negligentia lata, mandatum, commodatum, venditum, pignori acceptum, locatum, dotis datio prästiren dolus (eben so wie beim depositum mit Inbegriff der beiden species der culpa lata) und diligentia, d. h. culpa levis und levissima, endlich societas und rerum communio dolus und culpa d. h. die culpa, welche zwar culpa lata, aber nicht dolus ist. Statt dessen nun aber werden gerade die acht mittelbaren Contracte darin vom depositum unterschieden und darin der societas und der communio gleich gestellt, daß sie culpa außer dolus zulassen und (zum Theil) von den letztern nur dadurch unterschieden, daß sie außer dieser über den dolus hinausliegenden culpa noch diligentia erfordern. Wer das reimen kann, den lasse ich gern für einen Apollo gelten. Coccejus hat sich diesen Einwand erst schwach gemacht, um mit einer schwachen Widerlegung auskommen zu können. Bei den acht Contracten werde die culpa außer dolus hinausgestellt, weil sie außer demselben zu stehen kommen könne, nämlich bei der

societas und communio. Eine kläglichere Aushülfe kann es wohl nicht geben.

Die übrigen Einwürfe, die er sich selbst zu machen beliebt hat, waren entweder nicht bedeutend, oder doch mit der in der Lehre von der culpa einmal eingeführten Willkühr allenfalls aus dem Wege zu räumen, z. B. daß in §. ult. I. de societ. in L. 72. D. eod. der diligentiae quam suis die exactissima diligentia entgegengesetzt werde, das heiße nichts weiter als d. media, nämlich exactior illa, quam suis quis adhibere solet (sic).

So weit der erste Abschnitt der zweiten Abhandlung.

Im zweiten Abschnitt wird nun die ganze Theorie noch weiter ausgearbeitet, ohne daß sonderlich viel von Klarheit und Gründlichkeit dadurch gewonnen wird. An neuen Worten und Redensarten fehlt es jedoch nicht, und so füllen den größesten Theil Wiederholungen an, die aber weder so gewandt, verständigend und bedeutend, noch so fein und geistreich sind, wie man es bei Donellus gewohnt ist, den seine klugen Tadler meistens hierin vergeblich nachahmen würden. Einiges wollen wir indessen herausheben, was mehr oder weniger über den Zusammenhang dieses Systems oder auch nur über die Irrthümer desselben nähern Aufschluß gewähren kann.

1) Gleich im Anfang wird der Begriff von dolus irrig so gestellt, als sei darunter hier immer der Vorsatz zu schaden um zu schaden (propositum malevolum, quo quis damnum dat alienis rebus, ad hoc, ut det) zu verstehen. — Dabei wird L. 1. §. 2. D. de dolo malo verbunden mit L. 7. §. 9. d. pact. dahin erklärt, als werde die Meinung des Servius nur darin getadelt, daß er die beiden Beschreibungen des dolus: 1) ut sit machinatio quaedam decipiendi; 2) ut sit, quando aliud agitur, aliud simulatur, in eine solche Verbindung mit einander gestellt habe, daß die eine die andere erklären solle. Die hier von Labeo und Ulpian gegebene Definition sei

aber für unsere Materie zu eng, jede malitia sei hier hinreichend, sie möge nun mit Gewalt oder List verbunden sein. — Dies wird nachher noch mehr ausgeführt, und zwar dahin, zum dolus sei erforderlich: a) Absicht, b) gerade auf den Schaden gerichtete Absicht (ut directo intendatur ipsa laesio seu damni datio): c) vollständig erwiesene Absicht. — Hier wird dem System zu Gefallen zum Begriff gerechnet, was zu der Frage gehört, wann dieser Begriff factisch anzunehmen. Und dann möchte man wissen, wohin der Fall gehört, da jemand die Geschäfte eines Andern zu seinem Schaden führt, weil er bestochen ist.

2) Culpa sei propositum negligendi wie bei Hintenansetzung fremder Sachen gegen eigne vorkomme. Es wird mit einem großen Aufwand von Buchstaben gezeigt, daß hierin keine malitia mera (schaden um zu schaden), sondern nur eine negligentia affectata, wie er sich so oft ausdrückt, liege. Das erstere wollen wir ihm gern glauben, aber ob und in wie fern mit der culpa in concreto ein eigentlicher Vorsatz zu vernachlässigen, und ein wohlbewußtes Absondern der fremden von den eignen Sachen verbunden sei, und ob etwa gar dieses Bewußtsein in dem Augenblick der vorgenommenen schädlichen Handlung anzunehmen, darüber siehe oben §. 40. Das letzte hält Coccejus zwar nicht für durchaus nothwendig, aber was setzt er in den übrigen Fällen an die Stelle? Sufficit, sagt er, consilium, si quid forte evenire damnum potest, negligentius, quam solet, avertendi — er soll also doch wenigstens mit sich übereingekommen sein, wenn einmal Gefahr entstünde, die fremde Sache mit geringerem Fleiß zu behandeln, und diesen Entschluß in casu concreto ausgeführt haben — ja das ist denn freilich unverantwortlich, und darauf konnte kein Mensch rechnen, aber das wäre nach römischen und unsern Begriffen auch wahrer dolus

und aufrichtige Bosheit. Doch lassen wir ihm sein propositum negligendi und sehen wir, wie er die Sache weiter führt.

3) Muß hier gleich bemerkt werden, daß er sich den Uebergang zu einer praesumtio doli hier auf eine ganz eigene Weise bahnt. Er rechnet, wie wir gesehen, zum Begriff des dolus, daß die boshafte Absicht erwiesen sei. Nun, sagt er, könne bei der culpa auch plena malitia vorkommen — vermuthlich meint er, wenn die fremden Sachen den eignen nachgesetzt werden, recht um den ersteren Schaden zu bringen. Bei dem dolus müsse dies aber gewiß sein, bei der culpa werde es nur präsumirt. — Ich denke, es wird nur nicht angenommen, wenn es nicht erwiesen ist, und kommt bei der culpa gar nichts darauf an, da bei ihr das propositum negligendi hinreicht. Ist die auf Schaden gerichtete Handlung erweislich vorhanden, so ist ohne Frage echter, eigentlicher dolus anzunehmen, weil das erwiesen ist, was wesentlich zum Begriff desselben gehört; ist kein solcher Beweis möglich, aber wohl das propositum negligendi, was aus jener Hintenanstellung nach dem Verfasser von selbst hervorgeht, darzuthun, so mag die Bosheit noch außerdem wahrscheinlich oder unwahrscheinlich sein, es muß allemal culpa angenommen werden, da alles in facto ist, was wesentlich zum Begriff derselben gehört. Was nun überhaupt den alten, immer wieder neue Wurzel schlagenden Irrthum von einem dolus praesumtus betrifft, so ist davon oben §. 23. das Nöthige beigebracht worden.

4) Die von ihm durch den Vorsatz zu vernachlässigen charakterisirte culpa theilt er nun ein in culpa magna und culpa non magna oder minor. Unter der ersten versteht er Hintenansetzung ganz fremder Sachen gegen eigene, in Hinsicht des Fleißes, unter der letzteren eine gleiche Hintenansetzung zum Theil fremder Sachen. Man sollte

doch denken, daß die wesentlichen Merkmale der culpa in genere und also auch des davon unzertrennlichen propositum negligendi sich in dieser species wieder finden müßten. Wenn das aber sein soll, so weiß ich nicht, wie nun noch bei der sogenannten c. minor der Treubruch, das fidem fallere, die Täuschung der gegnerischen Erwartung, daß man hier auch den gewöhnlichen Fleiß anwenden werde, wider Treu und Glauben, kurz die mala fid., die fraus, der dolus im Sinn der L. 82. depos., ohne logischen Fehler herauszubringen ist. Doch meint der Verfasser, die erste species sei culpa gravior magis coniuncta cum proposito et concilio negligendi, die zweite remotior a dolo, minus coniuncta cum tali proposito negligendi, sie nähern sich mehr der negligentia simplex. In solchen dunkeln Vorstellungen treibt er sich hier herum, und fruchtet sich nichts. Will er etwas ausrichten, so muß er wieder

b) zu einer Präsumtion seine Zuflucht nehmen, die bei der erstern, nicht bei der zweiten Statt finden soll, und dies vollführt er diesmal so: Er sagt, die erste species sei deswegen dem dolus zu vergleichen, weil dabei der animus laedendi nur nicht gewiß sei, es sei nur möglich, daß hier bloß animo negligendi gehandelt werde. Bei der zweiten species sei es offenbar, daß es am animus laedendi fehle, denn wem könne man zutrauen, daß er die Absicht habe, sich selbst Schaden zu thun? Es sei nach L. 2. C. quando et quib. qu. (10. 34.) ein naturale vitium, negligere, quod communiter possidetur. Man sieht, er hat hier seine frühere Ansicht umgewechselt, aber was von der diesmaligen zu halten sei, ergibt sich ebenfalls aus dem unter 2. citirten §. 23.

Um jedoch hier nicht durch die Verworrenheit der Ideen des Autors und die Mangelhaftigkeit seines Vortrages abgehalten zu werden, das zu prüfen, worauf er hinaus

wollte, so wollen wir unabhängig von seiner Darstellung die Frage hier aufstellen: liegt nicht ebenwohl mala fides darin, wenn man halb fremde, als wenn man ganz fremde Sachen mehr vernachlässigt, als die ganz eignen? Ist sie zu bejahen, so gehört diese Nachlässigkeit zum dolus i. w. S.; ist sie zu verneinen, so gehört sie nicht dahin, aber auch überall nicht zur culpa lata. Mich dünkt, es kann niemandem schwer werden, sich für die erste Antwort zu entscheiden. Hintenanstellen ist hintenanstellen, und verräth es nicht noch mehr Schlechtigkeit, wenn ich darum schon Sachen den meinigen nachsetze, weil sie nicht ganz mein sind, als weil sie gar nicht mein sind, es mag dies nun mit Vorsatz oder aus unbestimmtem Gefühl geschehen; und warum ist dieser Vorsatz oder dieses Gefühl hier weniger klar als dort, da doch die Zurücksetzung, also das Geringhalten hier so gut als dort in thesi vorausgesetzt wird? Um kurz von der Sache zu kommen, lese man doch nur den von Coccejus selbst angeführten Text der L. 2. C. cit. ein wenig weiter: „naturale quippe vitium est, negligi quod communiter possidetur, utque se nihil habere, qui non totum habeat, arbitretur, denique suam quoque partem corrumpi patiatur, dum invidet alienae. Eine solche Denkungsart war es, die die Römer für fraus hielten, und daher immer und allemal mit Schadenersatz belegt haben wollten. Was nun noch oben in §. 40. über die Fälle der culpa in concr. gesagt worden, in welchen streng genommen kein Hintenansetzen der fremden Sachen, aber doch immer eine unerlaubte Geringschätzung derselben vorkommt, das muß denn natürlich eben so gut von halb fremden als von ganz fremden Sachen gelten.

6) Wie wenig sich Coccejus über die culpa lata oder magna in abstracto einig war, und wie sehr er sie mißverstand, sieht man hier aus §. 17. erst recht deutlich. Es klingt schon seltsam, wenn er sie als ersten Grad zur negligentia

rechnet, und dann dieſe ſo beſtimmt, ſie ſei qualitas quaedam homini alicui naturalis et consueta. Wir erinnern uns, daß er früher dieſe culpa, ſo wie ſie in L. 213. und L. 223. D. d. V. S. vorkommt, von der culpa lata in concreto gänzlich geſchieden wiſſen wollte, und ſie ſogar an Gewicht und Schwere, aus ſonderlichen Gründen, über dieſe geſtellt wiſſen wollte. Wir erinnern uns auch, daß er oben erklärte, ſie könne gar nicht zugleich culpa in concreto ſein, da ſie ja auf ein non intelligere quod omnes intelligunt geſtellt ſei, und was man in dem einen Fall nicht wiſſe, das wiſſe man in dem andern auch nicht. Nun definirt er ſie, mit Beziehung auf die eben genannten Geſetze, omissio diligentiae, quam communiter homines quicunque adhibent in suis, und um ſie der culpa (in concreto) gleich zu ſtellen, bringt er hier ein propositum negligendi auch in ſie hinein, nämlich ein präſumtives: es ſei hier zu präſumiren, daß er recht wohl wiſſe, was Alle wiſſen, alſo zu präſumiren, daß er in suis fleißiger gehandelt haben würde, mithin zu präſumiren, daß er das Seinige dem Fremden vorgezogen („diligentia quae per hanc culpam omittitur, omnibus adesse solet"). Praesumitur ergo et huic quoque e. g. Cajo adesse. Si vero is eam omittat in alienis, videtur omisisse eam diligentiam, quam in suis adhibet, aut adhibere praesumitur, et ita minus diligens esse in alieno quam in suis: quo ipso in vera culpa constituitur. Um alſo eine culpa, die ſchwerer iſt, als die culpa in concr., zur culpa zu machen, muß man erſt den Charakter der culpa in concr. durch Präſumtion auf ſie übertragen?! — Bei den rebus communibus ſei es denn mit ihr auch, wie mit der culpa in concr. culpa und negligentia magna in rebus alienis würden für dolus, in rebus communibus für culpa levis geachtet.

Auch in den Beiſpielen hat er ſich zuweilen ſonderbar

vergriffen. So bringt er den Fall, da aus Gunst gegen einen Dritten geschadet worden, wie in L. 8. §. ult. mand. und L. 7. §. 2. D. de admin. tut., unter die wahre culpa in concreto. — Freilich gewöhnlich mag das wohl nicht leicht sein, daß man in eignen Dingen aus Gefälligkeit gegen Andere sich übervortheilt, und so wäre wohl noch eine culpa in concreto herauszubringen, aber wahrlich dessen bedarf es nicht, da es schon an sich und ohne Vergleichung klar ist, daß man hier mit der Gewißheit, der Andere werde zum Vortheil eines Dritten Nachtheil haben, gehandelt hat. — So scheint er zu glauben, in L. 29. pr. D. mand. komme der Fall vor, da der Bürge zahlte, indem er es nicht berücksichtigte, daß wer kein Geld erhalten, auch keines zurückzuzahlen schuldig sei, was doch jeder begreifen müsse. Offenbar ist in diesem Fall wahrer dolus vorhanden, oder es ist lächerlich, ihn zu supponiren. Vergl. oben §. 20.

7) Den Begriff der beiden letzten Grade der negligentia, welche er mit der gemeinen Meinung annimmt, bestimmt er wie gewöhnlich, begeht aber in den Beispielen den nicht seltenen Fehler, daß er den äußersten Fleiß erst durch Umstände motiviren läßt. Die Fenster des Nachts zumachen, schütze vor culpa levis, nicht aber, wenn sie nach einem besonders gefährlichen Ort hinaus gingen, vor culpa levissima; um gegen diesen Vorwurf gesichert zu sein, müsse man sie auch noch mit Gittern versehen — Ich denke, ist der Ort so gefährlich, daß dies rathsam ist, so wird es ein bonus paterfamilias nicht unterlassen, ist es das nicht, so würde es lächerlich sein, sich wie ein Geizhals anzustellen.

Eigenthümlich ist, daß er den Vorwurf der eigenen Schuld, sich mit einem Unfleißigen eingelassen zu haben, durch alle Contracte durchführt, als fände er wirklich bei allen Statt, und collidire bei allen, nur bei einem mehr,

bei dem andern weniger, mit der Regel in L. 3. pr. D. de transact. L. 26. §. ult. de noxal. act. L. 65. in f. d. evict. daß niemandem die Nachläſſigkeit eines Andern ſchaden dürfe. Hat der Nachläſſige, ſo denkt er, allen Vortheil, ſo überwiegt die Regel den Vorwurf, hat er keinen, ſo iſt es umgekehrt, haben beide Vortheil, ſo wiegen ſie gleich; man ſollte alſo denken, es entſtehe eine Compenſation, die den Nachläſſigen befreie, aber nein, es wird hier ein Mittelweg eingeſchlagen, er ſoll für mittleren Fleiß herkommen, und zwar wird vorläufig präſumirt, daß er dieſen auch in dem Seinigen anwende, und der Andere auf dieſen habe rechnen können, da denn ſoweit der Vorwurf wegfällt und die Regel eintritt: kommt dann aber nicht negligentia affectata, alſo culpa in concreto heraus, und wie unterſcheidet ſich dieſe hier dem Weſen nach von der culpa bei der Societät, wo es auszumitteln iſt, wie weit der Fleiß des socius in eigenen Sachen ging? Die Antwort iſt leicht: die culpa iſt dort praesumta, hier muß ſie wirklich ſein. — Nun, wen das nicht befriedigt, den ſchicken wir zum Thomaſius. —

In §. 18. kommt noch die Bemerkung vor, daß die negligentia nur beiſpielsweiſe in der Lehre von der culpa vorkomme, da noch Manches dahin gehöre, was aber mit ihr auf gleiche Weiſe zu beurtheilen ſei; allein wenn man die culpa lata abzieht, die er ja ſelbſt auf propositum ſtellt, und die wirklich einige wenige Fälle hat, wo von unterlaſſener Aufmerkſamkeit nicht die Rede ſein kann, ſo liegt der Fehler darin, daß man entweder früher oder gerade jetzt ſich zu ſehr gehen ließ. Denn auch Gedankenloſigkeit, Unwiſſenheit, Leichtſinn u. ſ. w. ſind Fehler, die man ſich durch Fleiß abgewöhnen kann. Iſt der Mangel aber unüberwindlich, wie z. B. die wahre rusticitas, und der Fehler lag nicht etwa darin, daß man ſich mit etwas abgab, wovon man doch bei aller Beſchränktheit einſehen

konnte, daß man dazu nicht tauge, und man schadet dadurch, so ist man auch ohne alle Schuld.

8) Die Anwendung, wie er sie von diesem System in disp. III. auf die einzelnen Contracte unter vielen Wiederholungen macht, kann man sich leicht hinzudenken.

Aus den Collatt. geg. Struv, die mit dialektischen Spitzfindigkeiten, wie sich von einer solchen Streitschrift erwarten läßt, angefüllt, und nichts weniger als durchweg eine Vertheidigung im Zusammenhang des angegriffenen Systems enthalten, ist etwa Folgendes herauszuheben:

1) Was den einleitenden Theil und die allgemeinen Grundsätze der Prästationslehre betrifft, so scheint er seine Ansicht in etwas verändert zu haben, der Wille stellt schon eine höhere Person vor, und culpa ist, wenn man wegen früher nicht gehörig entwickelter Kräfte, also aus verschuldetem Unvermögen nicht einsah, was man hätte einsehen sollen.

Nach den strengen Ansprüchen, die die Natur an den Menschen machen könne, müsse man allemal den äußersten Fleiß anwenden, dieser rigor naturae sei aber durch das positive Recht mit Rücksicht auf die Verderbniß des Menschen gemildert worden, und so sei es nun Regel, daß mittlerer Fleiß, Fleiß, wie man ihn gemeinhin bei ordentlichen Familienvätern treffe, zu leisten sei. Davon gäbe es aber Ausnahmen u. s. w. Uebrigens bleibt er dabei, daß negligentia nicht immer culpa und sogar nur in soweit fehlerhaft sei, als sie für culpa zu halten, Coll. 9. in f. negligentia sei ein vitium naturale, was seinem Wesen nach nicht culpa sei. So wie er aber jetzt die Sache darstellt, ist doch omissio diligentia mediae i. d. R. culpa und nur die omissio diligentiae maximae ist ex moderatione iuris civilis, wie er sich ausdrückt, nicht culpa, und wird, die Ausnahmsfälle abgerechnet, zum casus gezählt. Coll. 10. §. 4.

2) In Hinsicht des propositi bei der culpa wird auch von Coccejus schon bemerkt, daß, wer nicht gerade die Absicht zu verletzen und zu betrügen habe, sondern aus einem an sich löblichen Beweggrunde, nämlich aus Gunst oder Mitleid gegen einen, schade, doch ein propositum, dolo proximum habe, und sich einer culpa lata schuldig mache. Er führt dabei an L. 7. pr. depos. L. 7. §. 7. d. dol. mal. L. 14. §. 2. d. custod. reor. L. 8. §. ult. mand. L. 7. §. 2. d. adm. tut. Collat. 2. §. 18. Collat. 5. §. 3.

Ueber das propositum bei der culpa in concreto bleibts beim Alten, auch über die praesumtio propositi bei der negligentia lata, und von der culpa in concreto bei rebus communibus heißt es nun ausdrücklich: „haec species definitione et nomine est culpa lata, verum — hoc speciale habet — quod non possit haberi pro dolo". Coll. 2. §. 22.

3) Beim dolus wird zwischen dem malum actus, i. e. laesio legibus prohibentibus, und dem malum agentis, dem böslichen Vorsatz, unterschieden, und behauptet, er setze immer Beides voraus — aber, dünkt mich, es gibt Handlungen, die erst der dolus zu widergesetzlichen macht, und andre, die es ohne dies sind. Collatt. 3. §. 3.

4) Ueber die Frage, ob rusticitas entschuldige, ist die ganze Collat. 4. geschrieben, doch ohne die Sache aufs Reine zu bringen. Rusticitas sei nur, nicht wissen, was Kundige wissen. Dies entschuldige; gehe sie aber so weit, daß man nicht einmal wisse, was auch andere rustici wüßten, so entstehe praesumtio doli, und es sei rusticitas nimia et affectata vorhanden. Das ist denn ein Satz, der nicht viel sagt.

5) Bei der Gelegenheit, daß er sich über die Behauptung des Struv Evolut. exerc. 19. th. 41., lustig macht, daß das Commodat sich nur darin von den andern Contracten unterscheide, daß der Richter dabei angewiesen sei, es mit

der culpa genauer zu nehmen, behauptet er von einer solchen, das arbitrium iudicis angehenden Vorschrift im römischen Rechte auch nicht die geringste Spur zu finden. Collat. 11. §. 7.

6) In §. 9. ibid. wird die interessante Behauptung des Struv (resp. 1. ad arg. 7. in den deciss. Sabath.) herausgehoben, es gebe zwar eine culpa levis und levissima, aber in Rücksicht der Prästation gebe es keinen Unterschied zwischen diesen Graden. Darauf antwortet er sehr keck: Culpas gradu differre concedis, praestationes culpae negas? Sed quid, quaeso, est praestatio culpae, quam ipsa culpa quae praestatur? Aber Struv behauptete richtig, die culpa levissima sei unter der culpa levis begriffen, werde also nicht besonders prästirt.

7) Im Anfange des §. 2. L. 5. D. commod. sollen die Worte: an vero et omne periculum, auf culpa levissima gehen, wodurch denn freilich Struv's Einwand, daß die Aufgabe bloß auf dolus und culpa (levissima) gehe, schnell gehoben wird. L. 1. §. 35. D. depos. soll das beweisen — u. s. w.

Anhang III.

Recenſion[1]) von: Essai sur la prestation de fautes, ou l'on examine combien les lois romaines en distinguent d'espèces; par *Le Brun*, avocat au Parlement de Paris, avec une Dissertation du célèbre Pothier sur cet Essai etc. à Paris 1813. 8.

Die kleine Schrift, welche den vorſtehenden Titel führt, habe ich erſt jetzt zu Geſicht bekommen, indem ſie mir von meinem verehrten Collegen, Herrn von Savigny 2), eingehändigt wurde, mit dem Wunſche, daß ich davon eine Anzeige in dieſer Zeitſchrift machen möchte. Daß mir zu der Zeit, wie ich mein Buch über Culpa herausgab, ſogar die Exiſtenz der Schrift unbekannt war, entſchuldigt ſich nicht ſowohl dadurch, daß nicht blos der Verfaſſer, ſondern auch der Vor- und Nachredner des Werks, was in Deutſchland über dieſen Gegenſtand früher geſchrieben worden, zumal das Neuere gänzlich, ignoriren, denn eine ſolche Wiedervergeltung würde doch wohl einem Deutſchen nicht anſtehen, als vielmehr dadurch, daß wohl überhaupt das Büchlein in Deutſchland ziemlich unbekannt war und es gewiß

1) Hier wieder abgedruckt aus der Zeitſchrift für geſch. Rechtswiſſ. Bd. 4. Heft 2. No. 5. Anm. d. Herausg.

2) Dem ſie Prof. Warnkönig, damals in Lüttich, mitgetheilt hatte. Anm. d. Herausg.

noch ist. Indeß wer die Quart-Ausgabe von Pothier's Traité des Obligations besaß, konnte davon Kunde haben, denn dieser Ausgabe (nicht der Octav-Ausgabe) ist hinten ein Aufsatz von Pothier selbst, mit der Ueberschrift: Observation générale, beigefügt, worin die Schrift erwähnt und gleichsam widerlegt wird: so gut war es mir aber nicht geworden. Die erwähnte Observation générale des Herrn Pothier ist nun auch in der vorliegenden Ausgabe der Le Brun'schen Abhandlung, die Herr Loiseau besorgte, hinten beigedruckt worden, und dort erst S. 126 erfährt man, daß Le Brun seine Schrift schon i. J. 1764 drucken ließ, und Herrn Pothier damit ein Geschenk machte, der sie dann seiner besondern Aufmerksamkeit würdigte. Eben so erfährt man auch aus dieser Nachrede zuerst, daß Herr Pothier andrer Meinung blieb: in der Vorrede wird blos ein allgemeines Lob dieses berühmten französischen Rechtsgelehrten ausgezogen, und die Sache wird so gestellt, daß man nicht recht weiß, ob die Observation générale des Essai wegen, oder dieser zum Verständniß der Observation générale 1) mit abgedruckt worden ist, und welches von diesen principale und welches accessorium sein sollte. Uns ist nun aber allerdings die Le Brun'sche Schrift Hauptsache.

Interessant ist sie schon dadurch, daß sie die Theorie der drei Grade bestreitet, und nur zwei annimmt. Dabei kommt denn nur in literärischer Hinsicht die Merkwürdigkeit vor, daß sowohl der Verfasser selbst, als sein Vor- und Nachredner dies für eine ganz neue Erfindung (inaudita canam) halten. Le Brun faßt die ganze Literär-Geschichte dieser Lehre kurz zusammen S. 2: Bartholus und nach ihm eine Menge älterer Interpreten nahm fünf Grade oder species der culpa an; die neueren aus einem Munde behaupten drei; ich will beweisen,

1) L'ouvrage lui a paru nécessaire pour bien saisir le sens de la dissertation de M. Pothier sur les fautes, dissertation qui est imprimée sous le titre d'Observation générale etc.

daß es nur zwei gibt. Pothier trägt in seiner Schluß-Abhandlung zu Anfang die doctrine commune de *tous* les interprètes sur la prestation de la faute, wornach sie (nach Le Brun wenigstens) drei Grade annehmen, vor, und beschließt dies mit den merkwürdigen Worten S. 125. 126:

„Telle avait été jusqu'à présent la doctrine *unanimement* tenue par tous les interprètes des lois romaines, et par les auteurs de traités de droit".

Nun werden namentlich aufgerechnet als erste Häupter: Accurs, Alciat, Cujas, Duaren, d'Avezan, Vinnius, Heineccius; selbst die unruhigsten Köpfe in der Jurisprudenz hätten sich an dieses alte feste Gebäude nicht gemacht, selbst ein Anton Faber nicht. Herr Le Brun habe zuerst dieses Wagstück unternommen; nun folgt die obige Notiz. Die Vorrede sagt: „Mr. Le Brun — a démontré assez victorieusement (hieraus sollte man freilich schließen, daß die Le Brun'sche Schrift Hauptsache war), que *tous* les interprètes se sont mépris, en enseignant que le droit romain reconnaissait trois espèces de fautes" etc. Als eine Buchhändler-Annonce nimmt sich das schon recht artig aus, und man muß sich denn auch sonst darüber zufrieden geben, daß man in Frankreich einen gewissen Landsmann Doneau oder Donellus, der doch unter Anderm auch über culpa schrieb, ganz vergessen zu haben scheint. Daß schon Raevardus von zwei Graden der culpa wußte, ist ihnen denn, wie nicht wenigen deutschen Gelehrten, auch natürlich unbekannt, und so scheint auch Le Brun, der doch den J. Godefroi einmal anführt, nichts davon zu wissen (eine Unwissenheit, die auch in Deutschland nicht selten ist), daß dieser in einem ganz andern und seiner eignen Theorie sehr verwandten Sinne drei Grade behauptet.

Die Aufmerksamkeit wird noch mehr gespannt, wenn man gewahr wird, daß der Verfasser außer dem Unterschied der culpa lata und levis, nur noch bloß die Unterscheidung zwischen diligentia diligentis patrisfamilias und der diligentia in suis

rebus consueta gelten läßt, und an mehreren Stellen zu erkennen gibt, daß dadurch im Sinne der römischen Juristen gar nicht verschiedene Arten oder Grade der culpa constituirt würden, sondern nur ein Maaßstab angegeben werden sollte, womit bei verschiedenen Contracten die culpa zu messen sei, ohne daß darum dieser Maaßstab immer ein verschiedenes Resultat für den Grad der Prästation geben müsse. Der socius, wenn er so fleißig zu sein pflege in eignen Angelegenheiten, wie ein diligens paterfamilias, sei dann eben so viel Fleiß schuldig, als z. B. ein Commodatar, bei dem unbedingt der Maaßstab des fleißigen Hausvaters gelte (les associés font alors eux-mêmes de diligens pères de famille. S. 109). Bei Verwaltung und Bewahrung gemeinsamer Sachen werde nur der angewandte Fleiß mit dem in Eignem gewöhnlichen Fleiß verglichen, und es komme dann nur noch darauf an, wie weit dieser reiche. Hiernach sollte man denken, lag dem Verfasser die Wahrheit so nahe, daß er nur zugreifen durfte; aber er ist dennoch zu keinem reinen, praktisch brauchbaren Resultat gelangt, wie ihm das allerdings Herr Pothier nachgewiesen hat. Woran das lag, wird sich leicht ergeben, wenn wir das Werk 1) durchlaufen, und wo es dienlich sein kann, die Pothier'schen Bemerkungen herbei ziehen; dabei mag es mir vergönnt sein, zur Abkürzung, und um meine Meinung nicht immer weitläuftig aussprechen zu dürfen, hier und da auf meine Schrift über culpa zu verweisen und diese mit dem Zeichen C. S. etc. zu citiren.

Die stärkste Seite des Le Brun'schen Werks besteht in den Gründen gegen die Theorie der drei Grade, welche aus der Natur der Sache hergenommen sind, und womit die Schrift anhebt. Dabei hat sich der Verfasser ohne Zweifel als einen

1) Die Le Brun'sche Abhandlung beträgt 118 Seiten klein 8., ziemlich groß und schön gedruckt, die angehängte observation générale noch außerdem 21 Seiten, sie ist aber mit jener fortlaufend paginirt, also zusammen 139 Seiten.

guten Kopf und geschickten Denker bewiesen. Er bemerkt zuvörderst ganz richtig S. 2 ꝛc., daß man sich unter einem diligens paterfamilias einen durchaus tüchtigen Mann zu denken habe, der über seine Angelegenheiten mit voller Aufmerksamkeit und ganzem Fleiße zu wachen gewohnt sei, und daß die Römer das Wort in einem Sinne zu nehmen pflegten, welchen das französische diligent père de famille eigentlich nicht rein wiedergebe, indem es die Würde jenes Ausdrucks nicht ganz in sich fasse (vergl. C. S. 92) 1). Ein solcher Fleiß sei daher auch regelmäßig das rechte Muster und der rechte Maaßstab für den Fleiß, den man bei fremden Sachen und Geschäften anzuwenden habe, über ihn hinaus aber noch etwas zu verlangen, sei thörigt, und lasse sich nicht realisiren.

Was der Verfasser hierüber sagt, liest man mit Vergnügen, wenn es auch nicht Alles zutrifft, und auch nicht Alles sehr klar und am wenigsten erschöpfend vorgetragen ist. Es ist ein artiger Gedanke: die Lehrer der gemeinen Theorie theilen eigentlich nicht den Fleiß ein, sondern die Mittel den Schaden abzuwenden (les moyens qu'on prend pour écarter les dommages S. 4. 15. und 32. no. 1.). Allerdings gäbe es große außerordentliche Mittel und Kräfte, aber diese ständen nicht jedem zu Gebote, Fleiß sei aber Anwendung der Kräfte, die einem zu Gebote ständen. Das erste Erforderniß einer Regel, die das Gesetz über Fleiß und culpa als den Gegensatz derselben aufstellen wolle, sei dies, daß sie à la portée de tout le monde sein müsse. Allerdings könne man der Regel nach von jedem, der sich mit gewöhnlichen Geschäften abgebe, die zugleich ein fremdes Interesse berührten, verlangen, daß ihm die unter tüchtigen Leuten gewöhnlichen Kräfte, wie sie zu solchen Geschäften gemeinhin erforderlich wären, nicht fehlten, sonst müßte er sich gar nicht daran machen, so wenig als man eine Kunst ausüben dürfe, die man nicht ordentlich

1) L. 25. pr. D. de probat. ist hierbei jedoch nicht benutzt.

gelernt hätte (S. 5. 6.); verlangen könne man dann von ihm, daß er diese Kräfte auch wirklich gebrauche, darin bestehe gerade der Fleiß, den man von ihm verlangen könne, er müsse die Aufmerksamkeit anwenden, „dont il fait preuve habituellement dans la conduite de ses affaires, lorsqu'il ne se permet point de négligence, d. h. wenn man sich ihn als einen diligens paterfamilias denkt (vergl. C. S. 93). Dagegen sei es weder weise noch billig, in irgend einem Geschäft des gemeinen Lebens, wie doch die römischen Contracte wären, die Vorsicht und Geschicklichkeit außerordentlich erfahrner und geübter Männer als Muster und Maaßstab aufzustellen (S. 4.), denn das hieße die meisten Menschen von einem solchen Geschäft, z. B. dem Commodat, was doch seiner Natur nach jedem möglich sein müsse, ausschließen, denn es sei unmöglich, oder doch auf eine unerträgliche Art peinlich, sich in einer fortwährenden Spannung zu erhalten, um jener außerordentlichen Fähigkeit gleich zu kommen (S. 8. Vergl. C. S. 69 ꝛc. und 98 ꝛc.)

Ganz anders sei es, wenn Fleiß eines Fleißigen, dies im Durchschnitt betrachtet, verlangt werde, denn wer sich Unfleiß angewöhnt habe, solle die Hände lassen von fremden Sachen, oder es sei billig, daß er die Folgen seines Unfleißes trage. Davon gebe es nur einzelne Ausnahmen, wo der Richter auf diligentia suis rebus consueta besonders angewiesen sei.

Wo diligentia diligentis der Maaßstab sei, da mache die größere oder geringere Entfernung die lata (latior) oder levis culpa aus, wo die diligentia in suis rebus die Norm sei, da sei die culpa gröber oder geringer, je nachdem sie sich mehr oder weniger von diesem ihrem Muster entferne. S. 9. vergl. C. S. 204. 142. in f.)

Dadurch wären allerdings keine scharfen Gränzen der Zurechnung (wie weit der Fleiß zu verlangen) bezeichnet, das sei aber überhaupt nicht möglich. Der Richter müsse die Menschen kennen und sich so aus Erfahrung einen Begriff von dem gebildet haben, was die Menschen im allgemeinen vermöchten,

dennoch habe er mit Billigkeit den Fleiß, der gerade angewandt worden, zu beurtheilen, wenn diligentia diligentis erfordert werde. Das sei thunlich und so viel Einsicht könne man ihm zumuthen (vergl. C. S. 103. folg.). Eben so, wo diligentia in suis rebus verlangt werde, könne zwar der Richter die Fähigkeit der Partei, von deren Fleiß die Rede sei, nicht rein aus beurtheilen, und sie, wie bei physischen Kräften, abwägen, aber er könne sich doch aus Handlungen dieser Partei, bei andern Gelegenheiten, aus ihrem sonstigen Benehmen in ähnlichen Fällen, einen Begriff davon bilden, was sie hätten leisten können, wenn sie diesmal den ihr gewöhnlichen Fleiß angewandt hätte (S. 8. 9. vergl. mit S. 23. 24.). Grobe und leichte Schuld seien auch in Beziehung auf diesen doppelten Maaßstab recht wohl zu unterscheiden. Nun gebe es freilich in diesen Graden noch eine unendliche Menge Untergrade, so wie es eine unendliche Menge Grade der Fähigkeit und des Fleißes gebe. Man könne auch, ungeachtet jener allgemeinen Instruction nicht durchaus so dem Richter die Hände binden, daß er nicht im Einzelnen bald etwas strenger, bald etwas gelinder verfahre (S. 9. 10. Hier werden sehr recht L. 54. §. 2. D. de A. R. D. und L. 61. §. 6. D. de furtis angeführt. Vergl. C. S. 400 ꝛc. 272.). Aber sich aus dieser Menge einzelner Abstufungen wieder besondere Grade der Prästation bilden, und insbesondere den Richter auf die möglichen Fähigkeiten außerordentlicher Naturen, die eben in infinitum gehen, anzuweisen, sei gefährlich, müsse nur Verwirrung stiften, und sei mit einem Wort ein Werk der Thorheit, nicht der gesetzgeberischen Weisheit (alles sehr richtige gute Bemerkungen, die nur von unsern Juristen Jahrhunderte hindurch auf unbegreifliche Weise übersehen worden).

Der Verfasser meint, unsere Theoretiker hätten wie gute Baumeister verfahren, die viel auf Symmetrie halten („toutes leurs expressions annoncent une division exactement compassée, un ouvrage symmétrique dans toutes ses parties"):

oben eine culpa lata, in der Mitte culpa levis, unten culpa levissima; oben ein Contract, wobei der Präſtant gar keinen Vortheil hat, in der Mitte ein Contract, wobei beide Vortheil haben, unten einer, wobei der Präſtant allein Vortheil hat u. ſ. w. Das nehme ſich in abstracto ſehr nett aus, es ſei aber nur für's Auge (ſagt er dies nicht, ſo meint er's doch), gebrauchen könne das kein Richter, dem es um materielle, nicht blos um formelle Gerechtigkeit zu thun ſei. (Wie wahr! S. 24. 30. Vergl. C. S. 96 ꝛc.)

„Dans une matière si délicate, ſagt der Verfaſſer S. 18., et qui influe si directement et si puissamment sur la sureté du commerce et le bonheur des hommes, il n'est pas prudent de faire des distinctions subtiles qu'on ne peut suivre aisément dans la pratique". Man kann ſagen, dieſe Ueberkünſtlichkeit des alten Syſtems iſt ſchon ſelbſt eine Abſurdität. Der Verfaſſer macht dieſen Syſtematikern aber nun noch mehrere andere Abſurditäten zum Vorwurf (S. 18 ꝛc.):

1) Weil die Geſetze doch einmal das Aeußerſte bei dem Mandat verlangten, und man dem nicht habe aus dem Wege zu gehen gewußt, ſo ſei man auf die Ungereimtheit gekommen, den Mandatar, der umſonſt diene, mehr präſtiren zu laſſen, als den locator operarum, der ſich bezahlen laſſe: eine Ungereimtheit, die ſich dem Gefühl allerdings aufdringt.

2) Der socius habe nach dieſer Theorie nur mittleren Fleiß zu präſtiren. Die diligentia in suis rebus, welche in den Geſetzen bei der Societät vorkomme, hätten die Syſtematiker auf diligentia diligentis, ihren mittleren Fleiß zu reduciren gewußt, indem ſie dieſelbe in abstracto angeſehen wiſſen wollten, und wenn die Römer die Präſtation auf diligentia in suis rebus reducirten, die Bedingung hinzufügten: modo ne nimium negligenter in suis quoque rebus versetur, ganz willkührlich und gegen alle geſunde Interpretation (S. 15—18). So komme heraus, daß wenn dem socius der Fleiß des diligentissimus, der doch nach ihrem Syſtem überhaupt gefordert

werden könne, gewöhnlich sei, wenn also die übrigen socii (ses co-associés) auf seine besondre Fähigkeit gerechnet hätten, was doch so natürlich sei, er ungestraft hinter dieser zurückbleiben dürfe. Und so umgekehrt, zwinge man einen socius, auf dessen gewöhnlichen Fleiß man natürlich nur rechnen könne, unbilliger Weise diesen zu übertreffen, wenn er gemeinhin in eignen Angelegenheiten den mittlern Fleiß nicht zu erreichen pflege. Man mache jenen unschuldig, wo er offenbar schuldig, diesen schuldig, wo er offenbar unschuldig sei. So sei dies aus doppeltem Grunde absurd, weil es aus doppeltem Grunde contra bonam fidem sei. (S. 19). Auch das läßt sich hören.

3) Ihre Eintheilung der culpa in drei Grade, und ihre drei Prästationsregeln führten nothwendig dahin, daß sie bei den bei weitem meisten Contracten Nachlässigkeiten, also etwas Strafwürdiges gut und unschuldig sein ließen. Unterlassung des Fleißes sei doch immer noch Nachlässigkeit, nun erforderten sie bei wenigen Contracten einen Grad des Fleißes (diligentia diligentissimi) den sie bei den meisten (auch wo beide Vortheil hätten) nicht verlangten, sie nähmen also bei diesen die Nachlässigkeit in Schutz, welche das Gegentheil eines solchen Fleißes ausmache, ihr mittlerer Fleiß habe eine Beimischung von Nachlässigkeit („renferme un mélange de négligence"). — Dieses ganze Raisonnement ist grundfalsch, wie auch Herr Pothier S. 131 ꝛc. recht gut gezeigt hat. Verbindet man mit dem Begriff der Nachlässigkeit (négligence) etwas Tadelnswerthes, so ist das ganz irrig, daß wenn man bei dem einen Contract mehr Fleiß fordert als bei dem andern, man bei dem letztern eine Nachlässigkeit entschuldigt, denn nur die Unterlassung des Fleißes ist im Sinne des Geschäfts tadelnswerth, zu dem man nach dem Contract wirklich verpflichtet war. Nur wenn man Nachlässigkeit als eine Negation des Fleißes nimmt, kann man sagen, in dem Grade nachlässig zu sein, ist bei diesem Contract erlaubt, wie man sagen kann, in Beziehung auf fremden Schaden und Vortheil kann ich so nachlässig sein wie

ich will, so weit ich nicht zu besonderm Fleiße (diligentia) verpflichtet bin, und nicht etwa die allgemeine Bürgerpflicht, dem Andern seine Sachen nicht zu beschädigen (damnum iniuria datum) verletze. Von diesem letzteren Unterschiede weiß Pothier nichts, er reducirt die Sache allein auf contractsmäßigen und nicht contractsmäßigen Fleiß („il est censé en contractant, ne s'être obligé qu'à ce soin"), was an sich nicht unrichtig ist, aber auch hier zeigt sich schon, daß eine gründliche Einsicht nur möglich war durch die Unterscheidung zwischen aquilischer und außeraquilischer culpa. Außerdem ist aber diese an sich unbedeutende Behauptung unseres Verfassers noch durch einen Einwand merkwürdig, den er sich selbst macht.

Man könnte versucht sein, meint er, diesen Vorwurf so umgehen zu wollen. In jedem einzelnen Menschen ist die Fähigkeit (la capacité d'un homme) aus vielen Graden des Talents, der Application, des Fleißes zusammengesetzt, und in diesen selbst giebt es zwei Extreme und ein Mittel. Solche Grade zeigen sich in einzelnen Aeußerungen der Thätigkeit, sie werden durch Handlungen desselben Menschen verrathen: niemand bleibe sich hierin selbst unter allen Umständen gleich. Unverkennbar zeige sich bei den Einzelnen einmal eine gewöhnliche Fähigkeit in den Angelegenheiten des täglichen Lebens, sodann aber auch eine außerordentliche Fähigkeit, wenn sie durch außerordentliches Interesse besonders aufgeregt würden, dann wären sie wachsamer, thätiger, erfindsamer. An jenem Benehmen sei der mittlere, an diesem der äußerste Fleiß erkennbar. Sein Gedanke scheint zu sein, nämlich den er seinen Gegnern unterlegt, daß bei gewissen Contracten das Gesetz das besonders aufregende Motiv suppeditire, und dadurch erst Nachlässigkeit im Fall der Nichtbeachtung hervorbringe, wogegen es keine Nachlässigkeit sein könne, ohne außerordentliche Anreizung auch nicht außerordentlich fleißig zu sein.

Der Verfasser entgegnet (S. 26. 27.), man müsse hier

nicht vergessen, daß das was bei ungewöhnlicher, durch die Umstände herbeigeführter Anregung möglich sei, ohne diese oft unmöglich oder doch auf eine unbillige Art peinlich und beschwerlich sei. Es heiße eine platte Unmöglichkeit verlangen, wenn man von einem talentvollen Menschen verlange, daß er sein ganzes Talent bei einer Gelegenheit aufbiete, die ihn gar nicht anreize, daß er alle seine auch feineren geistigen Kräfte zusammen nehme, wo in den Umständen gar keine Aufforderung dazu liege: das stehe gar nicht in seiner Macht. Mit moralischen Kräften sei es gar nicht so wie mit physischen, die man zu jeder Zeit nach Willkühr anwenden könne, was denn aber doch auch nicht einmal ganz wahr ist. Eben daß der außerordentliche Kraftaufwand bei besonderer Anregung sich darthut, beweist zugleich die Abhängigkeit desselben von dieser Anregung; wo diese fehlt, da kann kein kaltes Gesetz sie unterschieben, und will es das, so führt es die Unmöglichkeit mit sich, in allen Fällen beobachtet zu werden. Man nehme nur ein simples Commodat, was hat denn dieses so besonders Aufregendes in sich? Wenn nach unserm Lichtenberg jeder Mensch wenigstens einmal in seinem Leben sich selbst damit überrascht, daß er ein Genie ist, so kann man doch nicht verlangen, daß dieses allemal zutreffe, wenn er eine Sache umsonst geliehen, oder irgend ein Geschäft für den Andern übernommen hatte, denn das hieße das Eine Mal willkührlich in Viele spalten, und die Ueberraschung müßte dann auch wegfallen.

Die Wendung, die hier der Verfasser der Sache gegeben hat, ist ingenieus, denn sie geht von der gewöhnlichen Ansicht der diligentia diligentissimi *in abstracto* ganz ab. Es wird hier dieser Fleiß in concreto betrachtet, d. h. die erforderliche Größe desselben wird gemessen nach dem, was der Prästant selbst bei außerordentlichen Gelegenheiten an Fleiß, Geschick, Genauigkeit bewiesen hat. Es ist dem Verfasser nicht entgangen, daß der Richter hier schon selbst wunderbar begabt und aufgeregt, und eine langwierige Untersuchung nöthig sein müsse,

um das Extrem nur aufzufinden, um die Nüancen der verschiedenen Grade hier zu verfolgen, und wenn man es mit dem Extrem nicht so genau nehmen wollte, bei welchem Grade sollte man denn stehen bleiben? Es ist ihm nicht entgangen, sage ich, daß die Sache auf die Weise gar keinen Ausgang haben würde (S. 23—25. vergl. C. S. 103.). Aber auch der Gedanke: Außerordentliches ist ohne große Aufregung nicht einmal möglich, ist recht fein und hier keinesweges unfruchtbar. Uebernimmt jemand ein Geschäft, ein Werk, was große Uebung, ausgezeichnetes Talent, vorzügliche Genauigkeit oder ungewöhnliche Beschleunigung erfordert, so liegt die Aufregung schon in dem Geschäfte, in dem Werke selbst; wem Sinn und Geschmack dafür fehlt, der soll davon bleiben; übernimmt es aber Einer, der es kann, und führt es tüchtig aus, so thut er nicht mehr als jeder diligens paterfamilias auch gethan haben würde, indem er sich als solcher gerirt, denn ein solcher gibt sich mit Zwecken nicht ab, zu deren Erreichung er keine Kräfte hat, und was er übernimmt, dazu wendet er die Kraft an, welche der Zweck erfordert (C. S. 103. 143—147.). Auch beim Commodat kann etwas dergleichen Außerordentliches vorkommen: es leiht jemand eine Sache, deren Aufbewahrung eine besondere Sorgfalt erfordert. Bei einem gewöhnlichen Commodat aber und überhaupt bei allem dem, was zur gemeinen Lebenspraxis gehört, ist keine besondere Aufregung zu erwarten (in dem bloßen Erzeigen einer Wohlthat liegt sie, die Sache unter natürlichen Menschen natürlich betrachtet, nicht) und da kann es denn auch dem Prästanten nicht angerechnet werden, wenn er einmal sonst bei einer seltenen Gelegenheit ungemeine Capacität bewies. Dies reducirt sich aber alles auf den simplen Satz: daß man im Allgemeinen in keinen Contractsverhältnissen auf das gewöhnliche Maaß menschlicher Kraft überschreitende Anstrengung rechnen, und sie daher auch nicht zum Gesetz machen dürfe (C. S. 69. no. 3. S. 101 ꝛc. vergl. S. 99 folg. im Text).

Nach dem Verfaſſer fordern alſo die Trichotomiſten bald zu viel und bald zu wenig. Bei der Gelegenheit werden die Beiſpiele, welche Vinnius, der hier überhaupt als Repräſentant auftritt, von culpa lata, levis und levissima gegeben hat, ſcharf critiſirt. Es iſt bekannt, wie unglücklich hierin neuere Juriſten geweſen ſind, und wie wenig das Unglück des Einen und des Andern den Nachfolger hat klüger machen können; wogegen man bei den römiſchen Juriſten faſt gar nicht dergleichen findet, wenigſtens nicht als die Theorie erläuternd: der Grund davon iſt leicht zu errathen.

In dieſem, die Natur der Sache erörternden Theile, iſt auch hie und da von Präſumtionen die Rede, welche der Richter hier gar nicht entbehren könne, wenn er ſich nicht wie auf offnem Meere ohne Compaß herumtreiben ſolle, z. B. S. 6. i. A. S. 7. a. E. S. 25. S. 110. i. A.; allein der Verf. hat uns nichts Beſtimmtes hierüber geſchenkt, und nur auch in dieſer Beziehung einen richtigen Takt bewieſen.

Das Reſultat, was nun der Verfaſſer für die praestatio culpae aufſtellt (S. 10.), iſt im Allgemeinen, und man darf wohl ſagen, im Groben, das ganz richtige: wer keinen Vortheil von dem Geſchäft hat, präſtirt lata culpa, wer Vortheil hat, präſtirt culpa levis; weiter ſei nicht zu unterſcheiden. Nur ſei die Regel nicht ganz durchgreifend, es gebe Ausnahmen. Bei einigen Contracten, wo eine gemeinſame Sache das Object ſei, werde das oppositum der culpa, die diligentia anders, wie ſonſt, gemeſſen, nämlich durch Vergleichung mit dem in eignen Sachen dem Präſtanten gewöhnlichen Fleiße.

In der bisherigen Darſtellung, die wir mit möglichſter Klarheit und Vollſtändigkeit, in einer, wie es uns ſcheint, etwas leichteren Ordnung und Reihefolge der Gedanken, wieder zu geben geſucht haben, beſteht nun aber auch die ſtarke Seite des Büchleins. Die Entwickelung der Grundſätze im Einzelnen, die Anwendung des Allgemeinen auf das Beſondere, die

Bestimmung der römischen Terminologie, die Auslegung der zwar in Menge, aber doch lange nicht vollständig und zureichend benutzten Texte des römischen Rechts, kurz der ganze Beweis, daß die Römer mit den aus der Natur der Sache geschöpften Ansichten im Ganzen und Einzelnen übereinstimmten, ist, — das kann man redlich sagen — durchweg dem Verfasser ziemlich mißlungen. Und wenn der Nachredner die Schrift nicht blos très-ingenieuse, sondern auch *très-savante* nennt, und der Vorredner Herrn Le Brun vornämlich darum lobt, weil er a examiné avec la plus scrupuleuse attention les lois romaines qui traitent des fautes, so muß man ihm diesen Irrthum nur nicht zurechnen, denn sie wußten wohl nur nicht recht was sie sagten, nicht einmal eine leichte Schuld kann man ihnen vorwerfen, wenn das anders wahr ist, was in meinem Buche über culpa S. 104. von dem aus dermaliger Volkssitte und Volksweise (hier in Beziehung auf Jurisprudenz gedacht) herzunehmenden Maaßstabe gesagt ist.

Wenn ich nun auch diesen schwächeren Theil des Werks durchlaufen werde, so bekenne ich gleich offenherzig, daß es weniger geschehen wird, um den Inhalt selbst zu referiren, als um einzelne Bemerkungen daran zu knüpfen, die mir gerade der Mittheilung werth zu sein scheinen.

Ein allgemeiner formeller Fehler der Schrift ist, daß die häufigen Texte aus dem Corpus iuris oft so heillos nachlässig abgedruckt sind. Dem Verfasser wollen wir das nicht zurechnen, zumal da sein eigener Text voll Druckfehler ist, was vielleicht nicht ursprünglich der Fall war, aber dem Herausgeber kommt es auf alle Weise zu Schulden. Es ist doch auch gar zu arg, wenn man aus der so wichtigen L. 5. D. commodati liest (S. 54. 55.): nisi *fotè* et merces accessit — — aut si hoc ab initio convenit *et* culpam et periculum praestet is — — — Quinti *Murcii* sententia existimantis *at* culpam proestandam et diligentiam (gar in dieser wichtigsten Formel ein Fehler!) u. s. w. Aus einer Edition hätte man

doch ordentlich abdrucken lassen können, an Beachtung einer varia Lectio ist vollends nicht zu denken. Wie sehr sticht das von den Bemühungen der berühmten französischen Rechtsgelehrten früherer Jahrhunderte ab; und daß es nicht bloß ungelehrt aussieht, sondern daß dieser formelle Mangel auch mittelbar die Materie angeht, daß wissen wir denn doch auch wohl schon.

Weniger wollen wir es tadeln, daß der Verfasser den dolus und culpa lata eigentlich ganz unbestimmt ließ, denn das, was er gelegentlich S. 112 ꝛc. darüber sagt, kann man unmöglich dafür gelten lassen; die Sache ist bekanntlich schwierig genug, und des Verfassers Hauptabsicht war, die Unterabtheilung in culpa levis und levissima zu widerlegen, da mochte er denn glauben, gehöre das nicht so nothwendig mit dazu 1).

Gleich aber die L. 23. de R. I. womit er seine Entwickelung des Römischen Rechts anfängt, und womit allein in §. III. er seine Theorie zu bestätigen denkt, wird in einer etwas zu jugendlichen 2) Weise behandelt, und doch verspricht er gleich Anfangs: „Expliquons cette loi avec méthode". Wir übergehn das Uebrige, und kommen gleich zu den bösen Worten: in his quidem et diligentiam. Hier wird doch einmal eine varia lectio angeführt, die Lesart: in his quidem et diligentia kennt er nicht, nur bemerkt er S. 39. not. 1. Cujaz und Contius und Andere lesen: in his quidam et diligentiam, schlägt aber Alles damit nieder, daß die Basiliken haben: ἐν τούτοις δέ καὶ ἐπιμέλειαν (es steht ἐπιμελεια), es wird so behandelt, als sei diese Lesart von den Neuern rein ersonnen, um ihrem System einen Gefallen zu thun, und die Auctorität der Basiliken ist dem Verfasser immer schlagend. Läse man nun, wie sich gehöre, so ständen dem alten System, dessen Vertheidiger in dieser

1) Daher kommen denn auch die bekannten Stellen des Tit. P. de V. S., wo von culpa magna und dem Begriff der culpa lata die Rede ist, in dem Buch gar nicht vor.

2) Der Verfasser war noch jung, wie er die Abhandlung schrieb, so wird wenigstens in der Note 1. unter der Vorrede vermuthet.

Phraſe ihren dritten Grad nothwendig ſuchen mußten und ſuchten, zwei Schwierigkeiten entgegen: 1) wo bleiben die unter den vorſtehenden befindlichen Contracte, wenigſtens vier an der Zahl, die blos den mittlern Grad erfordern? 2) was wird aus den auf die Phraſe folgenden: societas und communio? Dieſe ſollten offenbar doch von den vorigen dadurch abgeſondert werden, und nach der gemeinen Meinung erforderten dieſe ja eben wie jene vier den mittleren Grad. „Il faudroit s'aveugler pour ne pas voir une chose aussi évidente.“ Daß man den Zwiſchenſatz auch auf die negotia gesta allein beziehen könne, war ihm nicht vorgekommen. — „*Pour moi*, fährt er fort, *d'un mot j'explique tout.*“ Und wie nun das? Dans les huit contrats, (die der Parentheſe vorangehn) la faute se mésure sur la diligence d'un bon père de famille; c'est la diligence par excellence (warum par excellence? wäre er wohl im Stande dies ungezwungen zu erklären?) l'unique diligence qui soit proposée pour modèle à ceux qui sont chargés des interêts purement d'autrui. Dans les deux suivans la faute ne se mésure point ainsi, elle se règle sur le soin qu'on a de ses propres biens. Daß auch die Tutel und die dos unter den achten ſich befinden, konnte ihn nicht verlegen machen, denn, wie wir nachher ſehen, von dem Tutor war er gewiß, daß dieſer diligentia diligentis präſtire, und über die dos war Widerſtreit. So iſt hier alles nun rein.

Um uns zu erholen, wollen wir bei dieſer Gelegenheit über die Auslegung eines berühmten deutſchen Juriſten von der L. Contractus, eine der neueſten, ein paar Worte hier einſchalten. Mein verehrter Freund Thibaut, in ſeiner Beurtheilung mehrerwähnten Buchs Heidelb. Jahrb. Octob. 1815 hat die Lesart in his *quidam* et diligentiam gegen mich in Schutz genommen. Daß die Baſiliken damit nicht übereinſtimmen, und daß es nicht die Florentina hat, iſt allerdings hier doch eine bedeutende Bedenklichkeit, und wenn auch, wie Thibaut glaubt, dieſe lectio recht eigentlich zur Beſtätigung meiner Theorie

dienen könnte, so würde ich dennoch schon deswegen schwer daran gehen, sie mir gefallen zu lassen. Aber davon kann ich mich nun auch schlechterdings nicht überzeugen. Ich übergehe das, was mein Freund über die Verwerflichkeit meiner Aushülfe und über die ungeheure Nachlässigkeit, welche Ulpian oder Tribonian begangen haben müßten, wenn es so wäre, gesagt hat. Wenn ich hier einmal falsch gesehen hätte, was ich freilich immer noch nicht glaube, so könnte ich mich um so eher darüber zufrieden geben, da ich gar nicht, wie Andere, diese Stelle gerade für eine Cardinalstelle halte, ihrer sonstigen Merkwürdigkeit unbeschadet. Daß sie unter den regulis iuris steht, macht sie nicht dazu, denn was es mit diesen regulis iuris auf sich hat, wissen wir nachgrade, sonst enthält sie aber nur ein Register, eine nackte Aufzählung der Contracte, die dolus, und der Contracte, die auch culpa prästiren lassen, ohne alle Bestimmung der Grundsätze, warum dies so und nicht anders sei; was von der Mitte an über pactum adiectum und über den casus gesagt wird, erscheint fast erheblicher wie jenes, und in Beziehung auf praestatio culpae ist mir die L. 5. commodati ein unendlich bedeutenderes Gesetz, da ich mir ja die Prästation bei den einzelnen Contracten eben so gut selbst zusammenlesen kann, und es doch muß. Die Gründe der Prästation geben mir erst die Doctrin, und darum ist es dem Juristen zu thun. Doch dies bei Seite, wie erklärt nun Thibaut die Worte? Man müsse nur das Wort quidam recht übersetzen, es heiße nicht wenige von vielen, es heiße nicht einige es heiße gewisse, was nach Umständen auch auf viele gehen könne. Daß es so in der Parenthese, also unbestimmt, so daß es auch auf viele gehen könne: unter diesen gewisse auch diligentia, verstanden werden müsse, zeige der Anfang des Gesetzes. Da heiße es ja: Contractus quidam dolum malum duntaxat, recipiunt, quidam et dolum et culpam, das letzte quidam gehe ja auf eine ansehnliche Mehrzahl. Was die Philologen und Grammatiker von der Uebersetzung des quidam durch gewisse

ſagen werden, weiß ich nicht; mir ſcheint aber die ganze Deduction etwas zu raſch. Wenn ich wörtlich zu überſetzen hätte, ſo würde ich quidam durch etliche, oder noch genauer durch ein obſoletes Wort, was aber die Wiederaufnahme nicht übel verdient, etwelche überſetzen. Dagegen iſt mir die Uebertragung durch gewiſſe gleich auf alle Weiſe verdächtig vorgekommen. Schon mein deutſches Sprachgefühl will ſich dem gar nicht bequemen. Wenn ich eine ſolche Parentheſe ganz im Sinne des Recenſenten deutſch zu ſchreiben hätte, ich würde nie ſagen: unter dieſen nahmen gewiſſe auch noch diligentia auf. Vollends der Anfang: Contractus quidam — quidam —, wer möchte den ſo geben: Gewiſſe Contracte nehmen nur dolus malus, gewiſſe dolus et culpa in die Präſtation auf? Wer ſo ſchriebe, den würde man gewiß für keinen feinen Styliſten halten; unſer Thibaut hat in ſeinem Leben nicht ſo geſchrieben. Recht auffallend iſt dagegen, daß gegen das ſündige Wörtchen: Einige hier gar nichts zu erinnern ſein würde, und doch gibt Th. zu, daß es in der Parentheſe nur auf die wenigern, nicht auf die mehrern bezogen werden dürfte. Was wäre dagegen zu erinnern, wenn es hieße: Einige Contracte bringen nur dolus, einige auch culpa zur Präſtation. Daß es auch: einige — — — andre — — — heißen könnte, verſteht ſich, aber auch jenes wäre nicht ſchlecht. Ja ich behaupte, es wäre nicht unrichtig, wenn einer ſo ſagte: einige Contracte nehmen dolus et culpa auf, andre blos dolus, wenn gleich dann unter den einigen die Minderzahl verſtanden wäre. Vollends wird niemand gegen die Ueberſetzung des Anfangs der L. Contr.: Etliche Contracte nehmen blos dolus, etliche dagegen auch culpa auf, etwas einzuwenden haben, obgleich in der Parentheſe (etliche von dieſen auch diligentia) das Wort etliche wieder nur auf die Minderzahl gehen könnte. Woher dies nun? Es ſpringt in die Augen, daß alle die Wörter: quidam, etliche, einige, in dem Gegenſatz mit ſich ſelbſt oder mit dem Wort: andre,

nicht dieselbe Natur haben, wie wenn sie allein stehen, und für sich aus dem Haufen etwas heraussondern. Und nichts ist auch natürlicher. Die Worte an sich bezeichnen weder eine Mehrzahl, noch eine Minderzahl, wie man eben daraus sieht, daß sie in dem Gegensatz doppelt vorkommen können, wenn auch nicht die sich entgegengesetzten Partieen im Gleichgewicht stehen: in dem Gegensatz wird es völlig unentschieden gelassen, wo mehr oder wo weniger stehen, das bleibt dahin gestellt, und diese Unbestimmtheit ist durch die Gegenüberstellung desselben Worts grade ausgesprochen. Sondert man dagegen aus einem Haufen eigen charakterisirte Stücke heraus, welche offenbar die Mehrzahl ausmachen, so würde es affektirt klingen, diese durch einige oder etliche, oder quidam zu bezeichnen, weil es hier so natürlich ist, die mehrsten zu sagen, und man daher, wenn man es nicht sagt, den Andern veranlaßt zu glauben, daß es die Minderzahl sei. Wenn jemand einen Haufen Stiere grasen sieht, von denen offenbar die mehrsten eine rothe, die wenigsten eine schwarze Farbe haben, und er redet seinen Nachbar an: einige von diesen Ochsen sind roth, einige braun, oder etliche von diesen — — — etliche — — —: rathe einmal, welche fressen am mehrsten? so wird hierin niemand etwas Sprachwidriges oder nur Auffallendes finden; wollte er aber seinen Spruch anheben: Gewisse — — so würde man vielleicht schon im Anfange lachen, was man erst soll, wenn das Räthsel gelöst ist. Redet er dagegen den Andern so an: einige von diesen Thieren sind roth, nicht wahr? so würde der Andere wahrscheinlich berichtigend hinzusetzen: ja bei weitem die mehrsten sind roth. Die Anwendung auf unsre L. 23. macht sich so leicht, daß ich nun gewiß nichts mehr hinzuzufügen brauche.

Soll ich meine Meinung über die L. 23. kurz sagen, so glaube ich, wird meine jüngst gegebene Erklärung dadurch erleichtert, wenn die freilich schon längst gemachte Bemerkung hinzukommt, daß von item an Quasicontracte aufgerechnet

werden, unter denen grade ſich nur Einer mit diligentia befand; und daß dann noch societas und communio folgen, kann kaum auffallen, da es bei societas gerade bezweifelt worden, ob auch culpa dabei präſtirt würde, communio aber, obgleich auch ein Quaſicontract, von dieſer kaum zu trennen war; dann muß aber auch hinter datio kein Semicolon ſtehen, was aber auch nicht in meinem Original-Manuſcript ſteht, vielmehr in meinem Buch ein reiner Druckfehler iſt, ſondern es muß, wie in allen Ausgaben, ein Comma ſtehen. Dadurch nähere ich mich einer in der ſehr ſchätzbaren Beurtheilung meines Buchs Hall. Lit. Zeit. 1818. Auguſt S. 724. enthaltenen Auslegung der L. Contractus, muß aber doch bei meiner Meinung bleiben, daß Ulpian hier vielmehr nach einem gar nicht tadelnswerthen Gefühl, als mit einem faſt raffinirten Vorbedacht anordnete 1).

Wir kehren zur franzöſiſchen Abhandlung zurück, um die einzelnen Contracte mit dem Verfaſſer durchzugehen, was von S. 44. b. z. E. geſchieht. Indeß wollen wir die Ordnung ein wenig verändern, und zuerſt die Contracte heraufnehmen, welche diligentia in suis rebus erfordern, da ſich dies ſo bequem an die Erklärung des Verfaſſers von der L. Contractus anſchließt.

1) *Societas* S. 104 — 115.

Hier ſei nun nach den bekannten Geſetzſtellen dolus et culpa zu präſtiren, die letztere ſei denn aber nicht abzumeſſen („mésurer") nach der diligentia diligentis, ſondern nach der diligentia in suis consueta; davon ſoll es zwei Gründe geben.

---

1) Viel mehr als die L. Contractus liegt mir eine andere Ausſtellung der Thibaut'ſchen Recenſion, welche das Verhältniß des Aquiliſchen Iudicii zu der actio ex contractu betrifft, am Herzen. Dieſe könnte zu einer bei weitem intereſſanteren Erörterung Veranlaſſung geben, aber diesmal hat mir weder Le Brun's Schrift Gelegenheit dargeboten, noch fühle ich mich gerade jetzt dazu aufgelegt, ich behalte es mir aber vor. — Auch die Hall. Beurtheilung hat durch ihre Gründlichkeit und ihren Gehalt meine ganze Aufmerkſamkeit erregt.

a) Was Paulus in L. 25. §. 16. D. fam. ercisc. von der Communio ſage, quoniam hic propter suam partem causam habuit gerendi: dieſer Grund ſei der Societas mit der Communio gemeinſam. Man könnte ja auch den socius, meint der Verf., nicht zwingen, ſeinen Theil der gemeinſamen Sache, der doch ſein beſondres Eigenthum ausmache, fleißiger als ſeine ihm ganz eignen Sachen zu behandeln, das könne ja hier nicht anders ſein als beim Miterben und Collegatar. Warum nicht anders? der letztere incidit in cohaeredem etc., der socius wenn er ſeine Sache in die Societät giebt, oder wenn er für die Societät erwarb, und dann communicirte, oder wenn ihm communicirt ward, kommt ja aus eigner Wahl in das Verhältniß, durch den Contract und nach dem Contract wird er condominus, und da fragt es ſich weiter, was bringt die Natur dieſes Contracts für eine Verpflichtung mit ſich? iſt ſie ſtrenge, ſo muß er ſie ſich gefallen laſſen, und dabei kann es gar nicht hindern, daß er einmal zufällig eine ihm halb eigne Sache, blos der untheilbaren Adminiſtration wegen, fleißiger behandeln muß, als er ſonſt ſeine ihm ganz eigenen behandelt. Nirgends haben daher die römiſchen Juriſten dieſen Grund beim socius angeführt. Alſo dieſer Grund iſt für die Societät gar kein Grund. Zudem iſt es eine bornirte Vorſtellung, daß die Regel nicht weiter reicht, als eine dem socius miteigenthümliche Sache; davon noch unten.

b) „Tout homme qui forme une société doit avoir examiné la conduite ordinaire de ceux avec qui il s'associe. Car il ne peut raisonnablement espérer qu'ils seront plus attentifs aux intérêts de la société qu'aux leurs". Dies iſt ſehr oberflächlich vorgetragen, und dagegen ein tief einſchneidender Irrthum iſt es, wenn gleich darauf geſagt wird: „Comme il sait ou doit savoir quels sont les devoirs que la loi prescrit aux associés, il n'a à se plaindre que de lui même, s'il s'associe avec des personnes peu diligentes". So könnte man alle naturwidrigen, d. h. den in der Wirklichkeit gegebenen

Rechtsverhältnissen zuwiderlaufenden Gesetze rechtfertigen: man muß das Gesetz kennen, und kennt man es, so kann man sich ja darnach richten. Ja wenn nicht der gemeine Mann sich in Geschäften des gemeinen Lebens mehr nach seinem natürlichen Rechtsgefühl, als nach dem ius scriptum, richten müßte! Mit wie vieler Sorgsamkeit haben die römischen Rechtsinterpreten dieses natürliche Rechtsgefühl in der ganzen Contractslehre beachtet, und zur deutlichen Erkenntniß zu bringen gesucht. Auch in unserer Lehre war es ihr eigenstes Geschäft.

Die von ihm angeführten Gründe wären, meint der Verfasser, manchem römischen Juristen so stark vorgekommen, daß er die Prästation hier sogar auf dolus hätte beschränken wollen. Weiter erfahren wir über diese später ganz aufgegebene Meinung römischer Juristen nichts (Vergl. C. S. 241 ꝛc.).

Der Verf. stellt sich hier selbst die L. Quod Nerva 32. D. depositi entgegen, und Herr Pothier hat diesen Einwurf S. 136 ꝛc. noch weiter ausgeführt. Ist die negligentia suis rebus non consueta, wie in L. Quod Nerva deutlich und allgemein gesagt ist, dolus, so hat der socius und condominus, wenn er nur diese vermeiden muß, auch nur allein dolus zu prästiren. Wie hilft der Verf. sich hier? Die Lex Quod Nerva sei auf das depositum zu beschränken (Pothier sagt mit Recht, dies sei gegen die klarsten Worte), es sei auch da etwas ganz Anderes gesagt, als daß jede negligentia suis rebus non consueta dolus sei, auch nur beim depositum. Wie könne das auch nur sein, wenn der Fehler an sich leicht sei? Vielmehr werde von Celsus die Voraussetzung zum Grunde gelegt, daß wer nur nicht unfleißiger sei, als in eignen Angelegenheiten, niemals eine grobe Schuld (faute grossière) begehen könne. Warum nicht? zur groben Schuld gehöre praesumtio doli, wie könne man nun aber von jemandem präsumiren, daß er gegen sich selbst einen dolus begehen werde 1)? Also müsse

1) S. 112. vergl. S. 1: „l'omission de ce soin s'appelle Dol ou

nach Celsus Meinung Beides zusammentreffen, er müsse schon in eignen Angelegenheiten sehr nachlässig sein, und nun doch noch nachlässiger bei der deponirten Sache. Aber wie ist denn das zu verstehen? Es ist ja immer noch ärger, wenn ein Fleißiger in Eignem eine grobe Schuld in Fremdem begeht! Er preßt also auch den Comparativ, und dabei kommt eine kostbare Rede darüber vor (S. 113 ꝛc.), daß Celsus hier nicht als Jurist, sondern als Moralist spreche, er wolle noch die feineren Nüancen andeuten, die in dem Gebiet der groben Schuld vorkommen könnten, und die, juristisch betrachtet, zwar wohl im Criminalrecht, aber durchaus nicht in der Lehre vom Schadenersatz von Erheblichkeit wären. Die letzte Bemerkung ist an sich ganz treffend (vergl. C. Seite 97.), aber sie gehört nicht in eine Auslegung der L. Quod Nerva (C. S. 195 ꝛc.). Man sieht hier recht, was herauskommt, wenn man sich an die Interpretation römischer Rechts-Quellen macht, ohne die Methode der römischen Rechtsgelehrten irgend zu kennen. Pothier's Einwurf ist offenbar schlagend, sobald man, wie der Verfasser, nicht weiß, wie die Römer hier ihr Recht nach den verschiedenen iudiciis ausprägten, daß sie beim iudicium depositi die negligentia s. r. n. c. auch formell als dolus gelten ließen, bei der societas ꝛc. aber formell als culpa levis, und nur materiell, was sich bei der actio furti zeigt, als dolus, und daß sie auf diese Weise einen äußerst wichtigen Unterschied in Hinsicht des Beweises constituiren (C. S. 177 ꝛc. 270 ꝛc.). Von einem solchen Unterschiede ahnet denn der Verfasser natürlich nichts, er läßt den Richter hier ganz nach der Untersuchungs-Maxime verfahren, und sich, wo es

---

Faute, selon qu'elle est accompagnée ou non du dessein de nuire, und S. 9.: lorsqu'un homme fait peu d'usage de sa capacité sans malice formelle, il commet une faute grossière, lorsque la faute n'est pas si considérable, c'est une faute légère". Wie schwach und unbestimmt hier Alles!

nöthig iſt, ſeine Präſumtionen ſelbſt aufſuchen (S. 109. 110). So iſt er hier der Ueberlegenheit ſeines Gegners offenbar hingegeben, obgleich er im weſentlichen, nur aber bei weitem nicht rein ausgedachten Reſultat Recht hat, und der Andre baares Unrecht.

2) *Communio.* S. 115. 116.

Dies wird kurz abgefunden, da die Hauptſache ſchon bei der Societas erwähnt war. Es iſt aber auch nach dem Verfaſſer ein Contract, der die diligentia nach dem im Eigenen gewöhnlichen Fleiße abmißt.

So weit ſtimmt dies nun noch zu ſeiner Erklärung der L. Contractus, denn Societas und Communio waren ja grade allein als diejenigen Contractsverhältniſſe ausgeſtellt, die keine diligentia im vorzüglichen Sinn zuließen. Aber nun

3) *Dos.* S. 93—97.

Der Verf. ſieht ſelbſt ein, daß nach andern Geſetzſtellen auch bei der dos nur diligentia in suis rebus vom Manne zu präſtiren ſei. L. 24. §. 5. solut. matr. und L. 17. pr. de iure dot. werden von ihm angeführt. Mit der letzteren könne man noch wohl fertig werden, wenn man ſie wie L. 1. pr. D. de tut. et rat. distr. verſtehe. Alſo wäre nicht glücklicher Weiſe noch L. 24. vorhanden, ſo wären wir um die diligentia in suis reb. eben ſo, wie bei der Tutel (ſ. unten 4.), auch bei der dos gekommen; dieſer Text ſcheint ihm denn aber ſelbſt unüberwindlich, und unglücklicher Weiſe iſt die L. 24. von demſelben Ulpian, von dem die L. Contractus iſt. Hierüber muß man den Verfaſſer ſelbſt klagen hören: J'avou ingénument que je ne vois pas de conciliation satisfaisante. J'observerai seulement qu'il était très difficile (die Römer verriethen das nicht) de décider à quoi le mari devait être astreint, et qu'ainsi il y a ici plus de raison de conjecturer, qu'il y a eu de variations parmi les jurisconsultes (in den Quellen

iſt keine Spur davon). C'est peut-être pour cela même qu' Ulpien dans la loi Contractus appuie sur sa décision, en disant *item* dotis datio (das iſt in der That ingenieus, wir dachten, das item hätte hier die Interpunction erſetzt, und die Quaſicontracte wie durch ein Semicolon abſondern ſollen), quoique ce même jurisconsulte donne une décision contraire dans la loi si maritus rapportée ci-dessus.

Intereſſanter als dieſe Verhandlung iſt die Frage: weshalb iſt denn eigentlich die Präſtation des Mannes auf diligentia in suis beſchränkt? Beim Verf. finden wir hier nichts als leere Declamationen. „C'est — une faute impardonnable à une femme de ne s'être point assurée, avant de se marier, du caractère et de la conduite de l'homme sous les lois duquel elle a consenti à vivre.“ Dies macht faſt alles, was ſonſt von dem richtigen Sinn und Takt des Verfaſſers gelobt werden kann, zu nichte. — „Ils ont contracté une société plus précieuse et plus parfaite que celles dont l'intérêt seul est l'objet, consortium omnis vitae, divini et humani iuris communicationem L. 1. de ritu nupt.“ Es iſt gewiß richtig, daß es aus einem der Societät ähnlichen Verhältniſſe abgeleitet werden muß, aber falſch iſt es wieder, das consortium omnis vitae hier zur Grundlage zu machen. Da in meinem Buch, ſo viel ich bemerkt habe, hierüber keine zureichende Auskunft gegeben worden, ſo ſei es mir erlaubt, hier meine Meinung davon zu ſagen.

Die Einheit des Lebens der Ehegatten war, wie wir wiſſen, nach römiſcher Vorſtellung nicht an Einheit des Vermögens gebunden; wie die conventio in manum ſelten geworden, blieb das Vermögen Beider getrennt, und es konnte hier füglich vorkommen, daß gar kein Vermögen verbunden war, wenn keine dos gegeben worden, auf die Art ließ es ſich auch denken, daß die Ehegatten mit einander, ganz unabhängig von der Ehe, in eine Societas omnium bonorum, als in ein Contracts-Verhältniß getreten waren. Selbſt wo eine dos

gegeben war, da wurde der Mann dominus, es ging die dos ganz in sein Vermögen über, wurde Theil desselben, das übrige Vermögen der Frau ging ihn gar nichts an, sofern er nicht in besondern Contracts-Verhältnissen deshalb mit ihr stand, oder ihm ein dingliches Recht, wie einem Extraneus, daran besonders gegeben worden, so waren hier beide Massen gänzlich von einander geschieden. Das Consortium omnis vitae kann also unmöglich auf das Vermögen bezogen werden. Wo nun aber von praestatio culpae die Rede ist, da haben wir lediglich mit Vermögen zu thun, und soll daher hier ein Analogon von Societas zum Grunde liegen, so muß dies streng in Beziehung auf Vermögen nachgewiesen werden können. S. 65. 66. theilt der Verf. die Contracte, welche ein zweiseitiges Interesse der Contrahenten zum Ziel haben, noch wieder in solche ein, wo das zweiseitige Interesse ein und dasselbe Object hat, und solche, wo auch dies Object ein zwiefaches ist; zu jener Klasse rechnet er die Societät, zu dieser Pfand, Kauf, Miethe, aber auch die dos (S. 66.) „Dans le louage, le bailleur a le loyer, et le locataire l'usage. Dans la constitution de dot, la fille acquiert un mari qui supportera les charges du mariage, et le mari acquiert la jouissance de la dot etc.“ So machte hier denn ja die dos gerade einen Gegensatz mit der Societät, wo, wie der Verf. sagt, „l'utilité est une et inséparable.“ Aber offenbar hebt der Verfasser hier das Verhältniß bei der dos ganz aus dem Vermögensrecht heraus, denn das darf doch nicht wohl angenommen werden, daß einen Mann gewinnen wollen und Vermögen gewinnen wollen eins sei. Zudem kann ja auch die dos eben so gut während der Ehe gegeben werden; da könnte denn freilich der Verfasser sagen, sie gäbe sie, damit sie den Mann behielte. Die Sache recht betrachtet, ist sie so natürlich wie möglich. Die dos geht allerdings in das Vermögen des Mannes über, aber nur weil nach dem Begriff der freien Ehe nothwendig die onera matrimonii auf seinem Vermögen haften, will die Frau dazu beitragen, so muß dieser

Beitrag durch sein Vermögen hindurch gehen. Der Endzweck der dos ist also, daß in Wahrheit eine gemeinsame Kasse entstehe, aus der die Oeconomie der Ehe geführt und alles Pecuniäre bestritten werde, was in diesem Verhältniß vorkommt. Juristisch ist das nun durchaus keine wahre societas, denn formell ist der ganze Zweck besondrer Zweck des Mannes, sein Vermögen ist juristisch immer die Kasse, woraus dies Alles zu bestreiten ist, durch die dos ist zwar dies Vermögen bereichert, aber diese ist nun auch ganz und gar sein; sieht man dagegen auf den faktischen Grund und auf den Effekt, so ist hier allerdings eine Societät, sie ist es nur nicht formell, sondern materiell, es ist hier ein pecuniärer gemeinsamer Zweck, der mit gemeinsamen Kräften, Vermögensbeitrag von beiden Seiten erreicht wird, und es ist offenbar, daß die Frau hier dem Manne wie einem socius vertraut, indem sie ihm eine dos constituirt. In diesem Sinne, und nur in einer andern Beziehung sagt die so oft mißverstandene L. 75. D. de iure dot.:

> (Tryphon. lib. 6. Disp.) Quamvis in bonis mariti dos sit, mulieris tamen est — — — huius etiam constante matrimonio, quamvis apud maritum dominium sit, *emolumenti potestatem* esse creditur, cuius etiam matrimonii onera maritus sustinet.

und eben so Ulpian mit Sabinus Worten in L. 33. in f. eod., wenn ein Dritter die dos schenke, eius periculo esse, cui adquiritur, adquiri autem mulieri accipiemus, *ad quam rei commodum respicit.* Und in demselbem Sinne (wenn auch noch in einem anderen) konnten die Römer sagen: dos est patrimonium uxoris, dos in bonis est mulieris u. s. w., und hatte Justinian nicht durchaus Unrecht, ihr während der Ehe ein natürliches Eigenthum an den Dotalsachen beizulegen, obgleich, wenn man dies nach seinem Beispiel juristisch construiren wollte, nur Ungereimtheit und Verwirrung folgen würde.

Der wahre Grund ist also: die Frau vertraut dem Manne wie einem socius, d. h. zu gemeinsamen pecuniären Zwecken,

denn das Vertrauen an ſich macht es ſchlechthin nicht aus (C. S. 247).

4) Tutel. S. 97 — 99.

Der Verf. hat hier die praestatio culpae mit unmäßiger Oberflächlichkeit und wahrem Leichtſinn behandelt, auf einer kleinen Octav-Seite iſt Alles abgemacht, denn das Uebrige nehmen die Excerpte aus den röm. Leges ein, auf die Weiſe darf man kein dickes Buch fürchten. Ausgezogen ſind L. 7. C. arbit. tut. L. 33. D. de adm. et peric. tut. L. 10. eod. L. 4. C. de peric. tut. L. 1. pr. D. de tut. et rat. Nur über die letzte ſagt er etwas, er will die Worte: — — rationem reddet hoc iudicio, praestando dolum, culpam et quantam in suis rebus diligentiam erklären. Er geht von der Anſicht aus, dem lieben Kinde, dem Pupillen, dürfe durchaus kein Leid widerfahren, Staat und Vormund, als Organ des Staats, müßten Alles aufbieten, ihn vor Schaden zu behüten. „Ces raisons et l'énergie du mot *quantam* font voir que la loi *in omnibus* parle d'un tuteur qui est très-diligent dans la conduite de ses propres affaires.“ Wie derſelbe Mann, der bei einer andern Gelegenheit (S. 63) den neuern Rechtsgelehrten ſo ſinnvoll vorwirft:

„nos docteurs qui sont les suprêmes arbitres des lois, ne sont pas gens à se laisser gêner par des mots, quand ils sont contraires à leurs idées. Là disent-ils, on a mis un positif au lieu d'un superlatif; ïci le superlatif à son tour a pris la place du positif; ailleurs vous vous entendrez nn superlatif, quoiqu'il n'y ait pas même de positif; *et ils appellent tout cela interpréter les lois.* Si on leur objecte qu'ils le font d'une manière un peu violente, ils repondent froidement: Non nunquam jurisconsulti pinguius loquuntur, non semper eodem modo loquuntur“ 1).

1) Vergl C. pag. 4. Sollte man nicht denken, daß Einer von uns hier dem Andern abgeſchrieben haben müſſe?

durch dieſe Interpretation in den von ihm ſelbſt gerügten Fehler regelloſer Willkühr fallen konnte, iſt kaum zu begreifen. Wie konnte er, der die ganze Präſtationslehre aus dem Gegenſatz der diligentia diligentis und diligentia in suis ableitet, der es S. 18. i. A. als einen Cardinalirrthum bezeichnet, die Reduction auf diligentia in suis rebus consueta durch den Zuſatz zu beſchränken, oder vielmehr wieder aufzuheben: „modo ne nimium negligenter in suis quoque rebus versetur", den Römern zutrauen, daß ſie da, wo eben von Präſtation der culpa die Rede iſt, die kurze Formel: et quantam in suis rebus diligentiam in einem ganz ungewöhnlichen, und nur etwa aus vulgärem Sprachgebrauch zu rechtfertigenden Sinne ſollten gebraucht haben? Das quantam iſt ja nicht einmal ein Scheingrund, denn dies iſt ja blos unbeſtimmt ein Maaß bezeichnend, und mithin in Verbindung mit in suis rebus diligentia verkleinernd, nicht vergrößernd, der Sinn würde ſich nicht im mindeſten verändern, wenn da ſtände, wie gewöhnlicher, talem diligentiam, qualem etc. Scheingrund hätte ſein können die von ihm S. 75 angeführte L. 54. pr. D. de act. emt., wo aber freilich Labeo, der noch dazu in einer ganz andern Verbindung und ohne jene gewohnte Formel ſprach, von Paulus gerade deswegen getadelt wird, weil er in einem Verhältniß, das nach praestatio diligentiae s. str. zu beſtimmen war, nur eine Vergleichung mit dem, was der obligatus ſelbſt zu thun gewohnt geweſen, habe einfließen laſſen (C. S. 299.) 1); Scheingrund auch L. 39. §. 1. D. ad L. Aquil.

1) Labeo hatte ſich hier offenbar nur zu unbeſtimmt und vulgair ausgedrückt, der Verfaſſer zieht hieraus aber, wunderlich genug, die Vermuthung, daß zu Labeo's Zeit die Terminologie eine ganz andere geweſen ſei, und daß man den Maaßſtab der diligentia in suis rebus überhaupt vorgezogen habe, und daraus will er denn wieder die neuere Terminologie erklären. „Ce ne serait peut-être une conjecture denuée de fondement, de penser que du tems de Labeon la nature de la diligence préscrite a ceux qui sont chargés des intérêts d'autrui, n'etait pas encore bien fixée, ou

und L. 1. §. 3. D. usufr. quemadm. cav., wo aber wieder keine Spur der Formel ist, auch die praestatio diligentiae gar nicht bestimmt werden soll, sondern sowohl Verbindung als Ausdruck den weniger gebundenen Sinn der Worte rechtfertigen. (S. C. S. 121. 253. not. 4) S. 341. und daselbst not. 4).

Daß den Verf. das Verhältniß zum Pupillen und manche andere Aeußerungen in andern Fragmenten stutzen machten, ist ihm allerdings nicht zu verdenken, aber dies würde ihn nicht verführt haben, wenn er dem Sprachgebrauch der Römer und dem wahren Verhältniß der dilig. i. s. r. zur culpa lata und dilig. d. patrisf. weiter nachgegangen wäre. (C. S. 253 ꝛc. und S. 271 ꝛc.), oder wenn er gewußt hätte, daß es noch andere Beweise dafür gibt, daß der Tutor nur diligentia in suis rebus prästirt (C. S. 256. med.); aber der ganze wichtige, nur versteckte Zusammenhang der *actio furti* und der dabei vorkommenden *custodia* mit der *praestatio culpae*, scheint ihm, nach Allem was man urtheilen kann, ein unentdecktes Land gewesen zu sein.

Nun ist aber auch so viel gewiß, daß da weder Dos noch Tutel sich unterbringen lassen wollen, die ganze L. Contractus, die er mit einem Schlage aufzuhellen dachte, noch für ihn in tiefem Nebel liegt.

Endlich ist aber noch ein Fall, der auch zu diesen Contractus

---

même qu'on en avait communément la même idée que ce jurisconsulte. Il n'est pas étonnant dans cette hypothèse, que le mot *culpa* ayant été d'abord consacré à signifier l'omission de la diligence, *in suis rebus*, des jurisconsultes plus modernes aient désigné la prestation de la diligence d'un bon père de famille par ces mots: *praestare culpam et diligentiam*, et que d'autres, pour exprimer, la même chose, aient insisté sur la nécessité d'être plus diligent *in rebus alienis quam in suis*, si on n'est aussi diligent qu'on en est capable". Das ist so recht eine bodenlose Hypothese.

mit dilig. in suis gehört, und den wir daher mit hierher stellen wollen.

5) Der Fall 1) in L. 18. pr. D. commodati von den Worten an: At si utriusque bis zu Ende des pr. (C. S. 154 ꝛc.)

Der Verf. behandelt ihn unter dem Commodat (S. 64 ꝛc.) oder man kann sagen, er mißhandelt ihn dort. Der Gedankengang soll dieser sein: Bei der societas sind einige Juristen der Meinung, daß nur dolus prästirt werde 2), unter diesen befinden sich einige, welche auch in dem Fall der L. 18. dasselbe annehmen. Ich bin nun zwar auch bei der societas der Meinung, daß dabei nicht nur dolus, sondern auch culpa zu prästiren sei, habe aber die Moderation getroffen („Gajus a pris un tempérament — als wenn dies ordentlich eine Erfindung von Gajus wäre!), daß die diligentia nach dem Maaßstab des Fleißes im Eignen zu messen sei. Allein auch dies kann hier nicht zur Anwendung kommen, denn der Fall der Societät und der vorgelegte Fall sind ganz disparat: bei der Societät betrifft der zweiseitige Vortheil dasselbe Object, denn die Sache ist da gemeinsames Eigenthum, nicht so in unserm Fall („dans notre espèce *la propriété* de la chose prêtée n'est point commune"); der Fall gehört daher vielmehr mit dem pignus und der *dos* 3) in die Klasse der Contracte, wo der

---

1) — — — si communem amicum ad coenam invitaverimus, tuque eius rei curam suscepisses et ego tibi argentum commodaverim — —

2) L. 72. D. pro socio. Gaius lib. 2. cott. rer., welche Stelle, vervollständigt im Anfange, in §. ult. I. eod. wieder vorkommt, des Gajus Institutionen haben dies nicht, und in ihnen findet sich auch alles das nicht, was im Tit. I. q. m. r. c. o. über praestatio culpae steht, so daß von ihnen keine Ausbeute für die Lehre von der culpa zu hoffen ist.

3) Hier kommt nämlich die oben gerügte Bestimmung vor: „la fille acquiert un mari qui supportera les charges du mariage, et le mari acquiert la jouissance de la dot".

zweiseitige Vortheil auch ein doppelter ist 1). Mithin würde es hier eben so falsch sein, mein Temperament hier anzuwenden, als von der Meinung des Andern über societas ausgegangen, hier ebenfalls nur dolus prästiren zu lassen, die ganze Consequenz ist eingebildet: folglich muß hier prästirt werden: „comme dans tous les contrats in quibus culpa dirigitur ad exactissimam seu boni patris familias diligentiam.“ Hier könnte man doch auch wohl ausrufen: „et ils appellent tout cela interpréter les lois!“ (S. 63.); wer die L. 18. mit unbefangenen Sinnen liest, wird er davon etwas finden? Wie konnte der Verf. vergessen, daß nach seiner eignen Meinung (S. 96.) die praestatio bei der dos wenigstens zweifelhaft war, und daß Ulpian sich einmal wenigstens ganz deutlich dafür entscheidet, daß diligentia in suis rebus zu prästiren sei, und nun sollte Gajus seinen Fall so rasch abgeurtheilt haben durch Vergleichung mit einem andern ebenfalls zweifelhaften Fall, ohne Weiteres, als die trockne Hinzufügung des pignus, wovon er doch wieder als unbestritten annehmen mußte, daß es mit der dos auf gleicher Linie stände. Wer kein Vorurtheil gegen unsere juristischen Klassiker hat, wird mir zugestehen, daß dies ihre Methode nicht ist.

Was nun aber das Princip betrifft, wornach Gajus entschieden haben soll, so liegt demselben eine ganz bornirte Ansicht der Societät zum Grunde, wie sie am wenigsten die Ansicht der Klassiker war zur Zeit des Gajus oder Ulpian. Der Charakter der Societät liegt keinesweges in der Gemeinsamkeit von Sachen (communio rerum), sondern in der Gemeinsamkeit des Zwecks, und wenn auch jede communio, welche tractatu habito entstanden ist, eine eigentliche Societät mit sich führt (L. 32. D. pro socio), so ist es doch keinesweges

1) S. 65. in f. u. 66.: „Dans ceux-ci elle (l'utriusque utilitas) n'a pas le même object; *elle est double*, et chacun des contractans a la sienne totalement différente de celle de l'autre“.

wahr, daß eine Societät nicht ohne res communes bestehen kann, und nicht schon die Frage über diligentia vorkommen kann, ehe nur eine res communis aus der Societät hervorgegangen ist. Wenn zwei sich zum Kauf einer Sache vereinigen, so sind sie im Augenblick dieser Vereinigung schon socii, ehe noch die Sache gekauft ist, also ehe noch die Sache hat gemeinschaftlich werden können. War es die Absicht, daß der Eine die Sache kaufen sollte, und er kaufte sie *nicht*, aus Tücke oder *aus Nachlässigkeit*, so steht die actio pro socio gegen ihn zu (L. 52. §. 11. D. pro socio, C. S. 164.), es kann also die Frage über diligentia schon im iudicio pro socio in Anrege kommen, ehe der Proprietät nach irgend etwas gemeinsam wird. Ja es läßt sich denken, daß er wirklich kaufte, und doch die Sache sich auflöst, ehe noch irgend etwas gemeinsam wird, wenn man sich nur erinnert, daß bei der societas particularis alles erst durch Conferiren, nicht ipso iure durch Erwerb des Einzelnen, gemeinsam wird: er kauft die Sache, verkauft sie gleich wieder, ehe er etwas conferirte, zahlt er dem Andern seine Rate aus; nur der Zweck war ihnen gemein, sie wollten durch den Wiederverkauf profitiren, und dieses ist erreicht, ohne alle Communio. Warum sollte auch nicht hier praestatio culpae in Betracht kommen können? Ferner man kann ja Sachen zusammenlegen, um aus diesen gemeinsam zu erwerben, ohne die Absicht, das Eigenthum an diesen Sachen zu communiciren, dies läßt sich ohne Mittheilung von operis und auch mit diesen denken, z. B. sie geben ihre Aecker einem Dritten in Verwaltung in commune quaerendis fructibus, oder zwei vereinigen sich zur Ausübung eines Handwerks auf gemeinsamen Gewinn, und communiciren sich dabei ihre Handwerks-Geräthe, jedoch ohne partielle Proprietätsübertragung. Sicher haben die Römer in diesen Fällen niemals an der Existenz einer Societät gezweifelt, und hier kann jeden Augenblick von Fleiß die Rede sein, der in Beziehungen vorkommt, welche etwas der Proprietät nach Gemeinsames gar nicht betreffen,

und dieser müßte doch wohl nach der allgemeinen Regel von praestatio culpae bei der Societät beurtheilt werden. Daß er das aber muß, ergibt sich aus der sehr schwierigen L. 52. §. 3. D. pro socio, welche nur beim Verfasser nicht vorkommt (s. C. S. 163.), wo die allgemeine Regel offenbar auf die Behandlung einer Sache angewandt wird, die gar nicht der Proprietät nach communicirt wurde, sie ward nur dem Andern hingegeben, damit dieser sie cultivire, die Früchte sollten getheilt werden. Endlich können selbst da, wo gleich anfangs Sachen oder Geld gemeinsames Eigenthum werden, doch hundert Anwendungen von Fleiß oder Unfleiß zur Sprache kommen, die mit der Verwaltung der res communes nichts zu thun haben: es gehört ja die ganze gestio des socius wie die des tutor unter die Regel.

In der That ist ja auch allemal das Object des zweiseitigen Vortheils, den der Contract bezielte, ein einfaches und kein gedoppeltes, nämlich der Gewinn, der bei der societas herauskommen soll.

Aber wie sind denn nun die Worte: „sed videndum, ne et culpa praestanda sit, ut ita culpae fiat aestimatio, sicut in rebus pignori datis et dotalibus aestimari solet“ zu verstehen? daß sie von diligentia in suis rebus, also von dem geraden Gegentheil dessen, was der Verfasser will, zu verstehen sind, kann nach dem ganzen Zusammenhang, und schon allein wegen der Vergleichung mit der dos gar keinen Zweifel leiden. Aber wie ist die Zusammenstellung mit dem pignus zu erklären? ich bin jetzt sehr geneigt, Löhr's Meinung 1) beizutreten, daß dies von der alten fiducia zu verstehen sei, wenn ich auch noch jetzt (C. S. 157. Not. 1.) glaube, daß seine Auflösung und ganze Art, wie er die Sache stellt, nicht befriedigen kann. Es bleibt dabei auch noch immer die Schwierigkeit: wie kam Gajus dazu,

1) Beiträge zu der Theorie der Culpa V. Miscellen no. 3. verbunden mit desselben Theorie der Culpa S. 165. 166.

im Allgemeinen von rebus pignori datis zu sprechen, da doch zu seiner Zeit die fiducia gewiß schon selten genug war, man also viel natürlicher bei diesem allgemeinen Wort sich das gewöhnliche pignus dachte. Ja es ist gleich wieder in §. 1. von pignus die Rede, auf eine Art, die sicher den gemeineren Sinn hat: sive autem pignus, sive commodata res, sive deposita deterior ab eo, qui acceperit, facta sit etc. Wäre die Sache auch blos auf fides gestellt gewesen, so läßt sich nicht einsehen, warum nicht blos dolus hätte prästirt werden sollen, wie z. B. von dem creditor in possessionem missus L. 9. §. 5. D. de rebus auctoritate iudicis, wo zugleich vom *pignoris creditor* vergleichsweise gesagt wird, daß er non tantum dolum malum, verum culpam quoque debet.

Den Werth der in meinem Buch S. 156. 157. vorgetragenen Conjectur will ich auf sich beruhen lassen; mir scheint es jetzt noch natürlicher, sich die Sache so zu erklären. Es stand ursprünglich nicht rebus pignori datis, sondern rebus fiduciae datis 1), der Compilator, welcher in seinem Recht das alte Justitut der fiducia nicht kannte, setzte pignori für fiduciae; dadurch wurde denn freilich Alles verdorben, und dieser Mißgriff war freilich viel ärgerer Natur, als wenn Tribunian dem Ulpian in L. Contractus 23. de R. I. die Parenthese: in his quidem et diligentia unterlegte; aber es ist Allen bekannt, daß es an ähnlichen Beispielen in Justinians Pandekten gar nicht fehlt. Wie kam nun aber Gajus dazu, nicht lieber den Fall mit der societas zu vergleichen, und ihn geradezu darunter zu stellen, denn offenbar ist hier doch ein gemeinsamer pecuniärer Zweck: sich durch Gemeinschaft die Kosten des Gastmahls zu erleichtern? Vielleicht eben daher, weshalb in L. 52. §. 3. pro socio an der Anwendbarkeit der actio pro socio gezweifelt wurde, weil man noch immer nicht ganz darüber einig war, ob es eine societas sei, wenn der Eine bloß Sachen

1) Paul. R. S. II. 13. §. 6.

oder Geld, der Andere blos operas beigetragen hatte: der Eine hatte hier den Apparat hergeliehen, der Andere die Ausrichtung des Gastmahls übernommen 1). Zudem war der Endzweck doch auch nicht einmal ein pecuniärer, sondern ein Freundschafts- oder Ehrendienst. Ob actio pro socio statt fände, war nicht ganz gesichert, zuverlässig war hier aber commodirt worden. So war hier mehr ein der Societät ähnlicher, als ein wirklicher Societätsfall.

Fast eben so verhielt es sich nach dem Obigen mit der Dos, die auch dem wesentlichen Stoffe nach der Societät gleich steht, und nur formell von ihr unterschieden ist; auf ähnliche Weise war es auch mit der fiducia. Bei der fiducia wurde eine Sache hingegeben zu Eigenthum, mit dem Versprechen der Rückgabe auf geschehene Lösung: mancipatio unter Bedingung der remancipatio, oder cessio in iure mit Bedingung der Rückübertragung. Der eigentliche Zweck war Pfand, die Form Eigenthumsübertragung hin und zurück, in Beidem kann kein Grund liegen, die culpa auf diligentia quam suis zu beschränken, denn bei Verpfändung ist das zweiseitige Interesse wirklich ein gedoppeltes: quo magis ei pecunia credatur — quo magis ei in tuto sit creditum, und die Uebertragung zurück müßte vielmehr mit der Verpflichtung des Verkäufers, die bei einem Rückverkauf gewiß keine andere ist, verglichen werden. Allein es lag doch auch sehr nahe, die Verwaltung der Zwischenzeit aus dem Gesichtspunkt einer Societät zu betrachten. Beide haben ein gemeinsames Interesse, daß die Sache gut behandelt, und eher verbessert als verschlimmert werde, schon darum, weil die Früchte, der Ertrag für beide sind, für den Creditor so weit die Zinsen reichen, für den Debitor der Rest, und wenn auch zufällig der Creditor alle Früchte erhält, so fällt doch die reichlichere Ernte für die Zukunft auf den Debitor, ganz oder zum Theil; auf diese Weise hat der Contract offenbar dem

1) L. 1. C. pro socio, vergl. C. p. 164.

Stoff nach bedeutende Aehnlichkeit mit dem Fall der L. 52. §. 3. D. pro socio und mit unſerm Fall oder L. 18. 1). Auch lag hier wenigſtens im Hintergrunde, den nur die Form verdeckte, eine Art Communio ſelbſt in Hinſicht der Proprietät, denn kam es nun zum Verkauf, ſo konnte doch der Creditor das Pretium nur ſo weit behalten, als die creditirte Summe reichte, auf das Superfluum konnte er durch die actio fiduciae belangt werden (Paul. R. S. II. 13. § 1.), was freilich für ſich allein auch beim gewöhnlichen Pfande durch die actio pignoratitia erreicht werden konnte, aber da hier keine Eigenthumsübertragung geſchah, ſondern der Gläubiger, indem er verkaufte, nur nomine debitoris, ohne daher für die Eviction zu haften, wie procurator in rem suam verfuhr, ſo lag hier die Idee einer Communio ganz fern. Könnte man annehmen (das Bedürfniß dazu konnte nicht fehlen, zumal wenn man die urſprüngliche Beziehung der fiducia auf den Census — das Eigenthum ſteuerte, nicht das Capital — bedenkt), daß öfters blos ein ideeller Theil des fundi, des Sklaven übertragen wurde, ſo groß als ungefähr hinreichte, die Schuld zu decken, ſo wäre denn ſogar eine wahre Communio, und zwar tractatu habito, vorhanden geweſen. Ja es iſt mir ſogar nicht unwahrſcheinlich, daß es in der juriſtiſchen Natur dieſes Verhältniſſes lag, daß wenn die Sache bei dem Creditor zu Grunde ging, er zwar nicht für den Schaden oder mit der aestimatio haftete, aber doch ſeine Forderung verlor, eben wie bei dem alten deutſchen

1) Ich ſetze hier den bei der Fiducia gewiß gewöhnlichen Fall voraus, daß keine Zinſen beſonders ſtipulirt waren, ſondern dieſe in Früchten des Pfandes, mochte ſie nun der Creditor in Natur oder als fructus civiles percipiren, entrichtet wurden. Wenn Paul. R. S. II. 13. §. 2. ſagt: quidquid creditor per fiduciarium servum quaesivit, sortem debiti minuit, ſo iſt damit nicht gemeint, quod servi operis quaesivit, ſondern anderer Erwerb, z. B. es fiel dem Sklaven eine Erbſchaft zu. Vergl. L. 8. D. in quib. caus. pign. Paul. R. S. II. 13. §. 6. Schulting jurispr. Antej. pag. 283. in f.

Pfand; wogegen dies für das gewöhnliche Pignus bekanntlich in §. ult. I. q. m. r. c. o. verneint wird: dies angenommen, war dann selbst das periculum interitus bis auf einen gewissen Punkt gemeinsam, und die societas trat hier, aus dem natürlichen Gesichtspunkt die Sache angesehen, aufs hellste hervor; die nähere Entwickelung dieser Vermuthung muß jedoch einem andern Orte vorbehalten bleiben. Endlich dies Alles zusammengenommen, lag nun in dem Verhältniß allerdings auch ein besonderes Vertrauen, eine recht enge Verbindung in Beziehung auf Vermögen, indem man so die Sache in das Vermögen des Andern hineinlegte, wodurch denn die Aehnlichkeit mit der Societät ihre Vollständigkeit erhielt 1).

---

1) Die ganze Ansicht wird bekräftigt durch L. 44. §. 5. D. de usurpat. — — — „persecutio pignoris, quae nulla societate dominii (al. dominio) coniungitur, sed sola conventione constituitur, usucapione rei non perimitur. — Ich hatte dieses schon geschrieben, als ich auf eine sehr merkwürdige Stelle in unserm ächten Gajus (II. 59. 60) aufmerksam gemacht wurde, die von der usucapio eines sciens, rem esse alienam, handelt, und so lautet: „Adhuc etiam ex aliis causis sciens quis rem alienam usucapit, nam qui rem alicui fiduciae causa mancipio dederit, aut in iure cesserit, si eandem ipse possederit, potest usucapere — — quae species usucapionis dicitur usu receptio, quia id quod aliquando habuimus, recipimus per usucapionem —. Fiducia contrahitur aut cum creditore pignoris iure, aut cum amico, quo tutius nostrae res apud eum essent. Si quidem cum amico contracta sit fiducia, sane omni modo competit usus receptio, si cum creditore, soluta quidem pecunia omni modo competit, nondum autem soluta, ita demum competit, si neque conduxerit eam rem a creditore debitor, neque precario rogaverit, ut eam rem possidere liceret — —". Vergl. damit Boeth. L. 4. in Topic. Cic. „Fiduciam vero accipit, cuicunque res aliqua mancipatur, ut eam mancipanti remancipet: velut si quis tempus dubium timens amico potentiori fundum mancipet, ut ei, cum tempus, quod suspectum est, praeterierit, reddat: haec mancipatio fiduciaria nominatur, idcirco quia restituendi fines interponitur". — Wollte man sich nun noch zum Ueberfluß gefallen lassen, daß in unserer L. 18. in f. pr. noch ein Wort

Da dies sich nun so verhielt, so mußten natürlich die Fälle, welche in gleicher Aehnlichkeit mit der Societät standen, ohne wahre Societätsfälle zu sein, hier dem Auge zur Vergleichung näher liegen, als die Societät selbst, da sie dieses gerade mit unserm Falle gemein haben: sie sind alle drei der Societät verwandt, und werden eben dieser Verwandtschaft halber unter Eine Regel gestellt.

Von unserm Le Brun ist bei dieser Gelegenheit ein allerliebster Tadel über Ulpian ausgesprochen, der in mehr als einer Beziehung interessant ist. Er meint, Gajus habe sich in der L. 18. in f. pr. viel correcter (sic!) ausgedrückt als Ulpian pflege. Er stellt sich nämlich vor, daß der Ausdruck praestare culpam et diligentiam oder culpam et custodiam eine Art Idiotism des Ulpian sei (S. 70 verglichen mit S. 62 u. a.). Gajus habe dagegen eine ganz andere Weise, um den höchsten Fleiß zu bezeichnen, er bediene sich eines Superlativs, oder er sage, „que la faute se mésure, se regle, s'estime sur la diligence d'un bon père de famille; au lieu que cette expression praestare culpam et diligentiam, présente naturellement l'idée de *deux préstations différentes.*“ So wäre Ulpian Erfinder des einzigen wahren terminus technicus, der in dieser Materie vorkommt (C. S. 3.), nach dem Verfasser hätte er sich aber mit dieser Abreviatur ein schlechtes Verdienst erworben, und die Umschreibungen des Gajus verdienten bei weitem den Vorzug; die Kaiser Diocletian und Maximian im L. 19. C. de pignor. hätten Ulpian nur nachgeahmt. Aber wodurch will der Verf. diesen von einander abweichenden Sprach-

---

mehr gestrichen worden, es stand ursprünglich: „in rebus amico fiduciae datis“, so scheint es, würde die Aehnlichkeit der beiden verglichenen Fälle noch gesteigert sein; aber dies ist ein bloßer Schein, denn der amicus der L. 18. leistet dolum et culpam et diligentiam, quam suis rebus adhibere solet, der amicus bei der fiducia dagegen kann nur dolus schuldig sein, da er nur ein reines beneficium erzeigt.

gebrauch der verſchiedenen Juriſten beweiſen? Der Superlativ findet ſich zwar in L. 18. pr. D. Commod. L. 72. pro socio und auch in L. 1. §. 4. D. de O. et A. (in den Inſtitutionen iſt er hier in den Poſitiv umgeſetzt worden), den ſollen wir wohl deswegen loben, weil er uns ſo viel Noth gemacht; aber auch Ulpian hat ihn in L. 44. pr. D. de L. Aquil. Kommt es nur auf das mésurer an, ſo finden wir das auch von Ulpian ausgedrückt in L. 47. §. 5. D. de legatis (C. S. 157.), mit recht weitläuftiger Umſchreibung finden wir das allerdings bei Gajus in L. 72. D. pro socio. (C. S. 152. 153.) aber dies war nöthig, wo es gerade darauf ankam, zu zeigen, wie es mit der Beſchränkung auf diligentia in suis rebus zuſammenhing; daher finden wir dieſe Weitläuftigkeit in derſelben Verbindung bei Paulus in L. 25. §. 16. D. famil. hercisc. (C. S. 250 ꝛc.). Dagegen findet ſich allerdings das culpa et diligentia oder culpa et custodia mehrmahls bei Ulpian, in L. Contractus d. R. I., in L. 5. Commod., in L. 15. §. 1. d. pignorat. act. aber immer in Fällen, wo nur als entſchieden ausgeſprochen werden ſollte, daß das bei Contracten ganz gewöhnliche und in der Präſtation dominirende diligentia diligentis patrisfamilias zu präſtiren ſei; iſt irgendwo eine Abreviatur am Ort, ſo war es hier. Zudem ſind es immer nur ein Paar Stellen, und ſo könnte es doch gar wohl ſein, daß die verſchiednen Ausdrücke nur daher rührten, weil man den Gajus vorzüglich über die Contracte mit diligentia in suis rebus, denn, wie wir gezeigt haben, auch L. 18. in f. pr. D. commodati gehört dahin, und den Ulpian vornämlich über die Contracte mit diligentia diligentis excerpirt hatte. Außer Zweifel wird dies geſetzt durch L. 2. D. de peric. et commod., wo Gajus das Wort diligentia offenbar ſchon techniſch gebrauchte und nur aber noch eine ganz andere Erklärung, wie zu jenen Stellen hinzufügte: et puto eam diligentiam venditorem exhibere debere, ut fatale damnum vel vis maior sit excusatum; die dem Gajus nach dem Verfaſſer gewöhnliche

kommt erst in L. 2. eod. von Paulus hintennach. Auch bei Paulus in L. 53. §. 3. de furtis kommt das Wort diligentia so scharf und auffallend technisch vor wie möglich, indem er nämlich den tutor, der diligentia diligentis patrisfamilias zu prästiren hat, von dem gewöhnlichen tutor unterscheiden will, sagt er blos: „in eo tutore, qui diligentiam praestare debet“ 1).

Also solche Abstraction ist höchst trüglich, und es verhält sich nicht viel anders damit, als wenn man aus der Bemerkung, daß gerade der Ausdruck *omnis* diligentia oder omnis culpa mehrmals bei Paulus und Ulpian (L. 18. §. 9. L. 38. pr. D. de damn. inf. L. 31. §. 12. D. de Aedilit. Edict.) vorkommt, schließen wollte, diese Juristen hätten einen Bund gemacht, diligentia diligentis durch das Beiwort omnis auszudrücken und die Kaiser Diocletian und Maximian in L. 13. C. mandat. hätten ihnen die Ehre angethan, sie darin nachzuahmen.

Daß endlich in der obigen Formel culpa et diligentia oder custodia 2), die Begriffe von culpa und diligentia zusammenfallen, oder doch die diligentia blos messen soll, sonst aber nichts materiell Verschiedenes von der culpa ist, das ist ein Irrthum; wenn sie auch nicht als species verschieden sind (obgedachter Landsmann meinte es freilich), so sind sie es doch als species (diligentia) und mehr umfassendes genus (culpa, nämlich Aquilische culpa und die außer der Aquilia zu denkende diligentia). S. C. S. 172 ꝛc. — Das ist eben eine Hauptkrankheit des ganzen Buchs, daß der Verfasser die *Culpa* der *Lex Aquilia* gar nicht kennt, und daher auf keine Weise zu benutzen wußte. Und

1) Vergl. von Ulpian L. 17. §. 4. D. de praescriptis verbis.

2) Der Verfasser scheint auch von dem Unterschiede zwischen diligentia und custodia, der doch im Uebrigen Statt hat, (C. S. 283 ꝛc.) gar nichts zu ahnen.

wenn es daher auch nur seine Absicht war, die Culpa in Beziehung auf Contracte abzuhandeln, so konnte er damit nicht zum Ziel kommen, da es ihm bei dem Mangel jener tieferen Kenntniß nicht bloß an einem Hauptargument gegen die drei Grade (C. S. 91 ꝛc.), sondern auch ganz an einer reinen Einsicht in die Natur der diligentia (Beflissenheit nach Maaßgabe eines Contracts) fehlen mußte. Nur ganz beiläufig kommt einmal in der Note zu S. 61. die L. 44. pr. D. d. L. Aquil. vor, und wird da höchst oberflächlich commentirt.

So leicht macht es Einem aber etwas Unwissenheit, einen römischen Meister zu übersehen. Die großen Todten können sich solches ins Gelag hinein Tadeln 1) wohl gefallen lassen, aber für die Lebenden ist es schlechter Gewinn, und die Tadler werden nicht größer dadurch.

In der That ist aber doch die Unwissenheit des Verfassers nicht gering. Namentlich bei den Contracten mit diligentia in suis rebus — ohne Zweifel der schwierigste Theil der

---

1) Es ist doch werth, Hrn. Le Brun darüber ganz zu hören: „Il est vrai, que l'omission de la diligence in rebus suis s'appelle culpa, et qu'en ce sens praestare culpam et diligentiam signifie être obligé non seulement à une diligence égale à celle qu'on a pour ses propres intérêts, mais encore à celle d'un bon père de famille. Mais le mot *culpa* étant commun à l'omission des deux diligences, Ulpien aurait dû prévoir qu'on pourrait se tromper sur le sens de ses paroles.“ Ja wenn Ulpian vorhergesehen hätte, daß viele Jahrhunderte später in Frankreich über ihn würde geschrieben und commentirt werden, wie würde er da nicht erst genau sich ausgedrückt haben! Der Verfasser besinnt sich aber, Ulpian könnte doch wohl nicht ganz so schuldig sein, und nun wird es erst rührend: „Au surplus ce jurisconsulte en avait peut-être determiné le vrai sens dans ses ouvrages (er meint, Ulpian habe vielleicht so eine Art von Exposition gemacht, die man weggelassen), et nous n'aurions de reproche à faire qu'aux compilateurs du digeste, qui, en faisant une collection si informe et si défectueuse en tous points, ont donné matière à tant de disputes et d'erreurs. Das ist immer ein Hauptfehler der Alt- und Neu-Römer, daß sie nicht prophetischen Geist genug gehabt haben.

ganzen Lehre von der Culpa — zeigt sie sich in mehreren Stücken. Der Verfasser kannte weder die Natur der Societät, noch die der dos gehörig; die so unentbehrliche Combination unserer Materie mit der actio furti war ihm fremd; die Terminologie der Römer kannte er höchstens im Groben, das eigentlich Wichtige und Feinere derselben, was Aufschluß geben kann über den tieferen Zusammenhang der Sache, und durch diesen wiederum sein Licht empfängt, war ihm wieder fremd, es fehlten ihm auch durchaus die Mittel, zu einer genauern Einsicht darin zu gelangen, da er weder von einem Unterschied der Aquilischen Culpa von der außeraquilischen, noch von einem Unterschied der culpa in faciendo von der culpa in non faciendo, den er von dem Landsmann hätte lernen können, irgend etwas weiß, der Tit. de Lege Aquilia ihm ganz außen vorlag, und endlich er nicht sicher genug im Latein war, um auf ein item oder quantam kein falsches Gewicht zu legen. Ja er kam auch nicht einmal auf den Gedanken, zu untersuchen, wie sich hier die verschiednen iudicia zu einander verhielten: ein Ding, womit auch die neuesten deutschen Juristen — man sollte es kaum denken — noch selten umzugehen wissen. So ging er wirklich ganz unvorbereitet an sein Werk.

Was nun ferner diejenigen Contracte betrifft, welche diligentia diligentis patrisfamilias erfordern, so sind diese in der vorliegenden Schrift unweit besser behandelt, aber dies ist auch der bei weitem leichteste Theil der ganzen Lehre 1). So ist es zu loben, wenn der Verf. in den Endworten der L. 5. §. 2. Commod. 2) nichts weiter findet, als eine stärkere Raison für

1) Nur von den Hauptcontracten wird gehandelt, z. B. gar nicht von der cautio usufructuaria, der obligatio des Erben u. s. w. Nur beiläufig und sehr oberflächlich ist einmal von L. 22. §. 3. D. ad Sct. Treb. (S. 21.) die Rede.

2) „Commodatum autem plerumque solam utilitatem continet eius, cui commodatur, et ideo verior est Quinti Mutii sententia, existimantis et culpam praestandam et diligentiam.“

die gleiche Präſtation, welche regelmäßig auch bei den Contracten, in quibus utriusque utilitas vertitur, Statt findet: da ſchon hier, — um ſo mehr ꝛc. (S. 58.); wenn er bei dem Pfande die Conjectur des Noodt *at* in commodato für *ut* in commodato ſchlechthin verwirft, indem er ſich auf das ὡς in den Baſiliken beruft, ohne dies aber aus dem Zuſammenhange der Geſetzſtelle ſelbſt weiter zu erweiſen (S. 88. vergl. C. S. 158); wenn er ſehr richtig die von Vinnius ganz mißverſtandene L. 3. §. 1. D. naut. caup. von keiner über die culpa levis hinausliegenden Verſchuldung, ſondern von ſolchen Handlungen Anderer erklärt, die der Schiffer u. ſ. w. gar nicht verſchuldet hatte, die ihm aber hier aus beſondern Gründen dennoch imputirt werden (S. 90 — 93. vergl. C. S. 290—292.) u. ſ. w. Dagegen iſt das Mandat nach unſerm Dafürhalten ſehr oberflächlich beſtimmt; ſtatt einer ratio iuris iſt hier eine politiſche Raiſon („dictée par l'intérét général"), weshalb der Mandatar diligentia ſchuldig iſt, angegeben, die rein aus der Luft gegriffen iſt, ungefähr wie es Manche bei der jetzt ſ. g. n. Regel Hand muß Hand wahren machen, indem ſie dieſes altdeutſche Recht urſprünglich aus Handelsintereſſe ableiten. Wir heben nur noch etwas heraus, was beim Verkauf vorkommt, und was dem Verfaſſer Ehre macht, obgleich er, wie es uns ſcheint, nicht auf den Grund gelangt iſt. Es betrifft die Auslegung der L. 2. §. 1. L. 3. D. de per. et comm. rei vend. (C. S. 342 folg.). Wir wollen hier ſeinen Gang verfolgen, da er wohl verdient, darüber gehört zu werden.

Die Vertheidiger der gemeinen Theorie hätten ſich damit herauszuwickeln geſucht, daß ſie dieß von einem Kauf ad mensuram hätten verſtehen wollen; weil hier noch kein vollkommener Kauf ſei, ſo habe man die Präſtation des Verkäufers geſchärft. Der Verf. macht hier auf den undenkbaren Widerſpruch mit L. 5. eod. und L. 35. §. 5. und 7. D. de contr. emt., der dann herauskäme, aufmerkſam: nach dieſen Geſetzen nämlich trägt der venditor hier noch immer das periculum casus. Es

wäre ja auch die höchste Absurdität, aus einer imperfecta venditio mehr Fleiß präſtiren zu laſſen, als aus einer perfecta venditio. Um dem gerügten Widerſpruch jener Fragmente unter einander und ihrer Verfaſſer mit ſich ſelbſt aus dem Wege zu gehen, hatten hier Einige noch ein beſonderes pactum zu Hülfe genommen, wodurch der Käufer das periculum casus übernommen habe; da ſei denn nur noch Schärfung des Fleißes übrig geblieben. In der L. 2. und 3. ſteht das freilich nicht, aber Tribunian habe das weggeſchnitten. Auf die Weiſe kann man freilich, wie der Verf. bemerkt, Alles in die Geſetze hinein interpretiren. Es bleibt auch noch immer, kann man hinzuſetzen, jene Abſurdität.

Nun, meint der Verf., der Irrthum liege darin, daß man die Worte: ante admetiendi diem auf venditio ad mensuram bezogen habe, da die Worte in L. 1. §. 1. eod. et ante mensuram periculo liberatur, si non ad mensurem vendidit doch deutlich zeigten, daß ſich ein Meſſen des Weins füglich denken laſſe, auch ohne daß ad mensuram verkauft worden. Alles noch ſchön und gut. Aber wie nun dieß? Der Verf. ſetzt voraus, es ſei ein großes Weinfaß (dolium), das in dem Behältniß des Verkäufers lagerte, zu ſchwer, um ſelbſt transportirt zu werden, vielleicht gar eingemauert in den Boden, ausgekauft worden, in der Abſicht, kleinere Gefäße (amphorae s. cadi) zu ſenden zum Transport, mit Berufung auf L. 3. §. 1. D. de trit. vin. und L. 15. eod. (gewiß ſehr treffend). Nun nimmt er aber zwei Möglichkeiten an, wie hier eine Meſſung bei der Ausſchöpfung des Weins vorkommen konnte.

1) Das große Faß war von einer Art, die ein beſtimmtes Maaß hatte, da konnte das Meſſen nützlich ſein, um zu erfahren, ob es wirklich die Quantität enthielt.

2) Das Faß hatte kein beſtimmtes Maaß, ſo konnte doch dem Käufer daran gelegen ſein, gleich beim Ausſchöpfen zu erfahren, ob er ein gutes Augenmaaß gehabt hatte.

So ſage ante admetiendi diem nichts Anderes, als ante tradendi diem.

Ein berühmter Juriſt hatte dem Verf., wie er erzählt, gegen dieſe Auslegung eingewandt, daß die L. 2. in Verbindung mit §. ult. L. 1. verſtanden werden müſſe; da ſei aber geſagt, der Verkäufer müſſe bei mora accipiendi, wenn er den Wein herausgießen wollte, um ſeine dolia gebrauchen zu können, den Wein vorher meſſen; wozu könne das nun dienen, wenn nicht wahrhaft ad mensuram gekauft worden? Der Verfaſſer meint, dies gehöre in die reine Cautelar-Jurisprudenz, es werde hier bloß ein Rath gegeben („Veteres hoc propter mensuram suaserunt") auf den Fall, daß der Verkäufer doch (ungerechter Weiſe) den Proceß verlöre; da denn eine unbegrenzte Schadensforderung gegen ihn könnte gemacht werden. Dieſe Aushülfe ſcheint mir ſehr gezwungen, und es iſt dies gar nicht in der Weiſe der Römiſchen Juriſten. Sie iſt auch kaum nach den eignen Vorausſetzungen des Verfaſſers nöthig.

Den Fall sub. 2. freilich, wo der Käufer nach Augenmaaß, ſo recht eigentlich per aversionem gekauft hatte, müſſen wir erſt zurücklegen; an den iſt auch gewiß weder in L. 1. §. ult. noch in L. 2. 3. cit. gedacht worden, da hätten die Römer gar nicht von mensura (ante mensuram L. 1. §. 1. — ante admetiendi diem L. 2. §. 1.) geſprochen, denn auch das Factum des Meſſens war hier juriſtiſch ganz gleichgültig.

Allein bei dem Fall sub. 1., wie ihn der Verf. ſtellt, läßt ſich ein Zweck des Meſſens beim Ausgießen wohl denken, ohne daß man einen verlornen Proceß zu Hülfe nimmt. Denn wenn auch das Faß notirt war, ſo konnte ja noch der Einwand gemacht werden, es ſei gar nicht voll geweſen.

Allein ich glaube nun freilich, daß auch an dieſen Fall nicht eben gedacht worden, denn ſchwerlich waren oft die eigentlichen großen Weinbehälter der Römer, die Kufen, von der Art, daß ſie nach einem beſtimmten dem genus eigenthümlichen Maaß zugeſchnitten waren, wie unſere Oxhofte, Auker, Eimer

u. ſ. w. Allerdings wußte aber doch der Eigner, wie viel ſein Faß enthielt. Nun muß man ſich denken: der Käufer kaufte das ganze Faß aus, indem der Verkäufer das Maaß des ganzen Inhalts angab, und darnach wurde das pretium im Ganzen beſtimmt. Hier iſt gar nicht im techniſchen Sinne ad mensuram gekauft, denn dies ſetzt voraus, daß das Individuum, was denn nun der Käufer bekommt, gar nicht beſtimmt iſt, nur das Maaß und die Güte ſind beſtimmt, es iſt eine beſtimmte Quantität aus einem Faſſe, aus einem Keller, als nach Maaß beſtimmter Theil gekauft, daher heißt es in L. 35. §. 5. D. de contr. emt.: „si ex doleario *pars vini venierit.*“ In einem ſolchen Fall war noch gar kein äußerlich begrenzter Gegenſtand vorhanden. In unſerm Fall iſt allerdings ein ſolcher vorhanden, es iſt eine im Raume abgeſonderte Weinmaſſe gekauft, alles was im Faſſe iſt, es iſt eine species gekauft, es iſt auch wirklich uno pretio gekauft, nicht in singulas amphoras iſt das pretium beſtimmt, ſondern es iſt nur die ganze Summe berechnet, nach dem Weingehalt, der ſich in dem Faſſe befinden ſoll. Natürlich nun läßt man hier meſſen, wenn man den Wein abholen läßt. Es iſt damit eben ſo, als wenn man einen ganzen Keller voll Wein kauft, macht aber zur Bedingung, er ſoll ſo und ſo viel Orhofte oder Eimer enthalten; und nicht anders, als wenn man einen Balken kauft, mit dem Beding, daß er ſo und ſo viel Fuß meſſe, oder ein Landgut, zu ſo und ſo viel Morgen Landes, die aber noch nicht ausgemeſſen ſind. Auch nun ſo den Fall geſtellt, muß es dem Verkäufer wirklich juriſtiſch zu rathen ſein, daß er beim Ausgießen vor Zeugen meſſe, denn wenn auch mit dem notirten Faß noch immer das Maaß auszumitteln ſein möchte, ſo iſt ja nicht ausgemacht, daß es wirklich voll war. Es konnte nicht voll geweſen ſein zur Zeit des Kaufs, es konnte auch vor dem Ausſchütten zum Theil geleert worden ſein. Und war das Faß vielleicht ſeitdem zu Grunde gegangen, ſo iſt dies die einzige Art, ſeine Forderung gleich liquid zu machen, und auf alle Weiſe zu ſichern. Allerdings iſt auch dieſes per corbem

mensuram facere kein absolutes Erforderniß, und man kann in vielen Fällen sich anders helfen, und es entrathen 1).

1) Hiermit stimmt ganz überein, daß nach §. 2. L. 1. in dem Signiren des so ausgekauften Weinfasses keine Tradition liegen soll, anders wie bei signirten Balken nach L. 14. §. 1. eod. Sehr richtig heißt es in v. Savigny's Recht des Besitzes S. 203: „Das Signiren kommt hier nicht als Bestandtheil der Apprehension vor, sondern weil daraus, als einem gemeinen Gebrauch, auf die Absicht der Parteien geschlossen werden kann."

Der gemeine Gebrauch liegt hier gerade darin, daß wenn man ein ganzes Faß aufkaufte, wovon der Verkäufer versichert hatte, es enthalte so und so viel von dem und dem Wein, man beim Holenlassen noch erst zumessen lassen wollte, sich oder dem Boten, der die Gefäße zum Transport brachte, also auch erst da für empfangen annehmen, sich tradiren lassen wollte; in dem Siegeln konnte keine Aenderung liegen, die natürlichste Absicht war hier immer, die Vertauschung des Weins zu verhüten, nicht auf die Zumessung zu verzichten. War nur ein Theil des Weins aus dem Fasse, also wirklich ad mensuram gekauft, so konnte dies gar nicht zur Frage kommen. Kaufte und signirte man Balken oder Bretter auf der Stelle, die ein gewisses Maaß enthalten sollte, so bot sich die entgegengesetzte Auslegung als die natürlichere dar, denn dergleichen läßt man sich entweder auf der Stelle zumessen, oder man nimmt das Maaß nach dem Augenschein oder auf guten Glauben an, oder denkt noch zu Hause nachzumessen: es ist hier nicht gebräuchlich, daß dem Boten zugemessen wird. — Dieselbe Vorstellung hatte ich schon, wie ich in meinem Buche über Culpa S. 344 ꝛc. die L. 1. de peric. zu erklären suchte, wie wohl aus der ganzen Entwickelung dort hervorgehen muß. Ich kann auch nicht fassen, warum aus dem, was ich dort gesagt habe, folgen könnte, daß Ulpian in §. 1. plötzlich von der culpa auf den casus abgesprungen sei. Es ist doch ein ganz natürlicher Zusammenhang: Custodiam muß der Verkäufer wenigstens ad diem mensurae leisten, denn hat er ad mensuram verkauft, was gar noch nicht aus dem Dasein eines dies mensurae folgt, so muß er ja sogar das periculum (scil. casus) tragen, denn es ist noch gar nicht gekauft; hier ist die sorgfältige Bewahrung sein eigenes Interesse, sie liegt ihm factisch ob, wie sonst juristisch, er prästirt sie sich so zu sagen selbst, erst post mensuram wird er von dem periculum frei; hat er dagegen ganze Einer oder Kufen verkauft, so wird er allerdings schon ante mensuram vom periculum frei, denn es ist hier ein äußerlich begrenzter Gegenstand, wenn auch noch keine Tradition geschehen ist, die hier erst bei den doliis durch die Zumessung

Ueber die Contracte, welche sich mit dolus und culpa lata begnügen, findet sich wieder nichts beim Verf., was der Aufzeichnung werth wäre. Von der wahren Natur des precarii hat er keine Ahnung.

Sieht man nun auf die ganze Arbeit zurück, so muß man es bedauern, daß der Verfasser, bei so viel natürlicher Fähigkeit, so wenig vorläufige Studien dazu machte, wenn man auch gerne geneigt ist, dies mit der damaligen Jugend desselben zu entschuldigen. Es ist dann dieses nur ein neuer Beleg, daß bei einem schönen Talent und bei dem besten Willen, sich ohne ein recht methodisches Studium schlechthin kein fruchtbares, weder theoretisches noch praktisches Resultat gewinnen läßt; denn wie richtig bemerkt auch Herr Pothier, der bei aller Höflichkeit gegen den Verfasser seinem alten Glauben getreu bleibt, daß die Theorie des Verfassers und insbesondere die Beschränkung des Fleißes auf diligentia quam suis, ebenwohl in der Praxis unanwendbar sein werde 1), was jedoch nur zutrifft, wenn man die Sache so wie der Verfasser stellt. Es zeigt

---

geschieht. Hier tritt denn aber jenes Wenigste ein, es muß im wahren Sinn custodia prästirt werden.

1) „Je demande à l'auteur comment, *dans la pratique*, le juge devant qui cet associé rend son compte, pourra connâitre quelle est la diligence que cet associé apporte dans ses propres affaires, pour y mésurer celle qu'il a dû apporter à la gestion dont il rend compte? Un juge peut bien estimer quelle est la diligence que le commun des hommes apporte à ses affaires; mais il ne peut pas deviner quelle est celle que cet associé, qu'il ne connait pas, apporte à ses affaires; *il présume que c'est celle que le commun des hommes y apporte.*“ (S. 135.) Allerdings in dieser Präsumtion steckt auch der Knoten. Und allerdings Herr Pothier hat immer Recht, wenn er sich den Richter als Inquirenten in Civilsachen denkt. Aber wie gewinnt gleich die Sache eine andere Gestalt, wenn man, wie die Römer indirect thun, dem Kläger beim depositum den Beweis der negligentia in suis rebus non consueta, bei der Societät, Tutel ꝛc. dagegen dem Beklagten den Beweis der angewandten diligentia, quantam suis rebus adhibere solet, auflegt.

sich auch hier, daß es nicht gut sei, sich in eine Wissenschaft so von oben hineinzuwerfen, ohne vorher ordentlich Schule gemacht zu haben. Wirklich ist es nicht gut, in keiner Kunst und Wissenschaft, wenn man die Schule umgeht: „Freunde wir haben's erlebt." Ist es mir nun gelungen, das auch an diesem Beispiele klar zu machen, so kann ich hoffen, die kleine Pedanterei (pedanterie tudesque), womit ich im Anfang dieses Aufsatzes dem übrigens verehrlichen Triumvirat die literärische Unbekanntschaft mit einem großen Franzosen aus früherer Zeit vorhielt, dadurch einigermaaßen wieder gut gemacht zu haben. Möchte nur obgedachtes methodische Studium mit eben dem Recht eine deutsche Pedanterei genannt werden können.

Anhang IV.

Ueber die Classification der Contracte in Beziehung auf Culpa.

Vom Herausgeber.

Die Classification der Contracte in Beziehung auf Culpa, die von dem Vf. im §. 95. aufgestellt und, so viel mir bekannt, ziemlich allgemein angenommen ist, war schon vor einer Reihe von Jahren mir darin unbefriedigend erschienen, daß sie die Sache durchaus nicht auf Ein allgemeines Princip zurückführt, auch auf Eine sehr wichtige Contractsform, die Stipulation, keine Rücksicht nimmt. Ich entwickelte meine Gedanken hierüber in einem Aufsatze und theilte ihn dem Vf. mit, der ihn seiner Aufmerksamkeit werth fand, ja halb überzeugt schien, jedoch

die Bedenken, die ihm noch blieben, niederschrieb, worauf ich replicirte. Es war unsere Absicht, das Resultat dieser Verhandlung im Rheinischen Museum zu veröffentlichen, allein sein Tod verhinderte es. Da ich hiernach voraussetzen darf, der Vf. würde bei einer neuen Ausgabe seines Buchs darauf Rücksicht genommen haben, so wird man es nicht anmaaßend finden, wenn ich, überdies auf den ausdrücklichen Wunsch der Familie und des Verlegers, jenen Aufsatz ungearbeitet hier abdrucken lasse. Um jedoch gewissen Lesern keine falschen Erwartungen zu erregen, will ich zum voraus bemerken, daß es mir nicht auf neue praktische Sätze, eine andere Prästation bei diesem oder jenem Contract, sondern auf den geschichtlichen und systematischen Zusammenhang und seine Darstellung ankommt. Gelingt es auf diesem Wege der Lehre den Schein von Künstlichkeit, der ihr noch immer anhaftet, zu nehmen und ihr noch größere Evidenz und Einfachheit zu verleihen, so ist mein Zweck erreicht.

Fragen wir zuvörderst, was aus der allgemeinen Natur des Schuldverhältnisses über die Prästation der Culpa abgeleitet werden könne, so dürfte es Folgendes sein. Gegenstand der Forderung ist der Wille des Schuldners in einer bestimmten Richtung oder Aeußerung. Ausgeschlossen ist also von der Obligation, was gar nicht im Bereich des Willens liegt, das absolut Unmögliche. Daher ebensowohl das von vorn herein Unmögliche ungültig versprochen, als durch später eintretende (casuelle) Unmöglichkeit die Schuld, die nun keinen Gegenstand mehr hat, aufgehoben wird. Dagegen umfaßt die Obligation auch Alles, was in der bestimmten Richtung im Bereich des Willens liegt, sie nimmt in Beziehung auf diese Leistung den ganzen Willen in Anspruch, und die Nichterfüllung, wenn sie irgendwie auf den Willen des Schuldners bezogen werden kann, ist eine Verletzung des Rechts des Gläubigers. Also auch die Unmöglichkeit der Erfüllung, wenn der Schuldner sie bewirkt

hat (L. 91. §. 3. D. de verb. obl. — si effecit quominus solvere possit), sei es durch Thun oder Nichtthun, durch Dolus oder Culpa. Zwar hat auch hier die Obligation ihren Gegenstand verloren. Allein die Forderung des Schadenersatzes zur Ausgleichung jenes Unrechts ist an die Stelle getreten, und die Römer behandeln beide als Ein Recht, dessen Gegenstand sich nur verwandelt hat. Aus der allgemeinen Natur der Obligation ergibt sich also als Regel, daß der Schuldner Culpa im weitesten Sinn, wie bei der Aquilia, auch culpa levissima prästiren müsse, und nur im Fall casueller Unmöglichkeit außer Verantwortung sei. Ausnahmen von dieser Regel sind gedenkbar, insofern die Willkühr der Contrahenten den Umfang der Verpflichtung bestimmt, oder individuelle Billigkeitsgründe eine Ausdehnung oder Beschränkung derselben veranlassen.

Die Richtigkeit dieser allgemeinen Entwicklung angenommen, entsteht jedoch die weitere Frage: ob auch die Römischen Juristen die Sache so ansahen? Ich glaube ja, und meine Beweisgründe sind diese.

Einmal spricht dafür schon der Begriff der diligentia in seiner richtigen Bestimmung, wie sie der Vf. §. 38. gegeben. Es bezeichnet nämlich die Art und den Grad des Fleißes, der in Obligationen vom Schuldner verlangt wird und den man, abgesehen von einer übernommenen Verpflichtung, nicht zu leisten hat, also gerade das der Obligation Eigenthümliche. Entspricht nun ferner der diligentia rücksichtlich des Grades die culpa levis, so müssen wir sagen, daß auch die Prästation dieser letztern der Obligation ihrer allgemeinen Natur nach angehöre.

Allein die Quellen enthalten noch bestimmtere Zeugnisse dafür. Dahin rechne ich die negativen Erklärungen derselben, daß von gewissen Personen culpa levis nicht prästirt werde, weil sie nicht obligirt seien, womit anerkannt wird: ständen sie in einem Schuldverhältniß, so wäre dies ceteris paribus ein Grund, sie wegen culpa levis zu verpflichten. So der Mensor. L. 1. §. 1. D. si mensor. Ulp. lib. XXIV. ad Edictum.

Haec actio dolum malum dumtaxat exigit: visum est enim satis abundeque coërceri mensorem, si dolus malus solus conveniatur eius hominis, qui civiliter obligatus non est. Proinde si imperite versatus est, sibi imputare debet, qui eum adhibuit: sed et si negligenter, aeque mensor securus erit; lata culpa plane dolo comparabitur. Sed et si mercedem accepit, non omnem culpam eum praestare propter verba edicti: utique enim scit Praetor et mercede eos intervenire.

Das Geschäft des Agrimensors, gegen den diese Klage ursprünglich aufgestellt wurde 1), war ein ehrenvolles und öffentliches. Deshalb sollten die gewöhnlichen Contractsklagen, die actio mandati und locati conducti gegen ihn nicht gegeben werden 2), und eben deshalb, sagt unsere Stelle, hafte er nur wegen dolus und culpa lata. Stände er in einem Contractsverhältniß, so wäre dieß ein Grund, ihn härter zu halten, d. h. auch wegen culpa levis in Anspruch zu nehmen. Unter civiliter obligatus wird nämlich ein der Verletzung vorausgehendes Contracts- oder Quasicontractsverhältniß, die mehrentheils dem Civilrecht angehören, im Gegensatz der prätorischen Delictsklage verstanden 3).

Eben so erklärt sich über das Precarium

L. 14. §. 11. D. de furtis. Ulp. lib. XXIX. ad Sabinum.

Is qui precario servum rogaverat, subrepto eo potest quaeri, an habeat furti actionem? Et cum non est contra eum civilis actio, quia simile donato precarium

---

1) L. 1. pr. L. 5. §. 2. L. 6. L. 7. D. si mensor.

2) Er ist in dieser Beziehung dem Argentarius (L. 8. pr. D. de edendo) und dem Juder zu vergleichen, die aus demselben Grunde nicht für culpa levis einstehen.

3) Vgl. L. 7. §. 2. D. de pactis. L. 5. §. 3. D. de praescriptis verbis.

est, ideoque interdictum necessarium visum est, non habebit furti actionem. Plane post interdictum redditum puto eum etiam culpam praestare: et ideo et furti agere posse.

Das Wesen des Precariums 1) besteht darin, daß der Geber die Sache, wie bei der Schenkung in Beziehung auf Eigenthum, so hier in Beziehung auf Besitz ganz aus seinem Willen entlassen, und im vollen Vertrauen zu der persönlichen Treue des Empfängers nicht einmal dessen Willen in einem bestimmten Versprechen zum Pfand der Rückgabe angenommen hat 2). Es ist deshalb kein Contract, der Empfänger zunächst nicht obligirt 3) und der Geber gegen die persönlich verletzende Untreue nur durch das interdictum de precario geschützt, mit dessen Ertheilung vom Prätor (interdictum redditum) freilich, wie durch die Litiscontestation 4) auch eine obligatio für den Precisten entsteht. Und eben deshalb, sagt Ulpian, weil er keiner civilis actio d. h. keiner Contractsklage haftet 5), hat er die actio furti nicht, oder was dasselbe ist, prästirt er nicht culpa levis, während nach ertheiltem Interdict beides statt findet 6).

Positiv ausgedrückt finden wir unsern Satz, daß die Natur der Obligation an sich Prästation der Culpa fordre, freilich nirgends, weil die Römischen Juristen solche allgemeine Sätze nicht in ihrer Abstraction, sondern in der Anwendung auf besondere Verhältnisse vorzutragen pflegen. Allein die Stipulation,

---

1) Den geschichtlichen Anlaß zu seiner ersten Ausbildung s. bei Niebuhr Röm. Geschichte Th. 2. S. 170. und Savigny, Besitz §§. 12a. 42.

2) L. 15. §. 3. D. de precario. Pomp. Cum quis de re sibi restituenda cautum habet, precarium interdictum ei non competit.

3) S. oben §. 96.

4) Vgl. L. 3. D. de interdictis. L. 1. §. 40. D. de vi. L. 8. §. 4. D. de precario.

5) Vgl. L. 14. D. de precario.

6) Vgl. noch L. 8. §. 3. 6. D. de precario.

als die Form, wodurch obligatorischen Geschäften jeglichen Inhalts bindende Kraft gegeben wird, ist so allgemeiner Natur, daß ihre Theorie, wo sie nicht durch die Contractsformel bedingt ist, die allgemeine Theorie der obligatorischen Verträge repräsentirt. Was sagen nun die Quellen über die Culpa bei der Stipulation? Ich setze die entscheidendste Stelle voran.

L. 51. D. de verb. obl. Ulp. lib. LI. ad edictum.

Is qui alienum servum promisit, perducto eo ad libertatem, ex stipulatu actione non tenetur: sufficit enim, si dolo culpave careat.

Damit der Promissor nicht hafte, genügt es, daß er frei sei von dolus und culpa; mehr wird nicht von ihm gefordert, dieß aber auch allgemein. Also nicht nur dolus, der die culpa lata in sich begreift, sondern auch culpa, d. h. culpa levis macht ihn verantwortlich. Dieß ist übrigens die einzige mir bekannte Stelle, worin für die Stipulation dolus und culpa unterschieden wird. Weit häufiger wird, wie bei der Lex Aquilia, nur culpa im weitesten Sinn, die jede Art und jeden Grad der Zurechnung umfaßt, genannt, eben weil jene Unterscheidung hier keinen practischen Werth hat. So in folgenden Stellen:

L. 37. D. de verb. obl. Paul. lib. XII. ad Sabinum.

Si certos nummos, puta qui in arca sint, stipulatus sim, et hi sine culpa promissoris perierint: nihil nobis debetur.

L. 107. D. de solut. Pomp. lib. II. Enchiridii.

Verborum obligatio aut naturaliter resolvitur, aut civiliter. Naturaliter veluti solutione, aut cum res in stipulationem deducta sine culpa promissoris in rebus humanis esse desiit rel.

Ebenso wird in der bekannten L. 91. pr. D. de verb. obl. (oben Seite 120) vorausgesetzt, daß culpa im weitesten Sinn zu prästiren sei, und nur untersucht, ob culpa in faciendo, oder auch in non faciendo darunter verstanden werden

müſſe 1). Und überhaupt ſcheinen die Römiſchen Juriſten die Präſtation der Culpa bei der verborum obligatio als ſich von ſelbſt verſtehend vorauszuſetzen, und deshalb nicht hier, ſondern bei ganz andern Verhältniſſen von ihr zu handeln.

Aus dem Angeführten folgt, wie ich glaube, wenigſtens ſo viel, daß bei der Stipulation, dem obligatoriſchen Vertrag in ſeiner allgemeinſten Geſtalt, die Präſtation der Culpa Regel iſt; Ausnahmen wären deſſen ungeachtet auch hier denkbar. Insbeſondere könnte man geneigt ſein, nach dem ſonſt entſcheidenden Gegenſatz des oneröſen und lucrativen Geſchäfts den promissor donationis causa nur für dolus und culpa lata verantwortlich zu machen. In der That iſt dies die Annahme der Neuern 2), die dafür angeführten Beweisſtellen rechtfertigen ſie aber durchaus nicht. So

L. 18. §. 3. D. de donat. Ulp. lib. LXXI. ad edictum.

Labeo ait, si quis mihi rem alienam donaverit, inque eam sumptus magnos fecero et sic evincatur, nullam mihi actionem competere: plane de dolo posse me adversus eum habere actionem, si dolo fecit.

Die Stelle gehört offenbar gar nicht hierher. Denn ſie ſpricht 1) nicht von dem Schenkungsverſprechen und deſſen Erfüllung, ſondern von einem einfachen dare donationis causa, und 2) nicht vom Schadenserſatz für Culpa, ſondern von der Evictionsleiſtung, wobei es auf culpa gar nicht ankommt 3). Der Donatar, ſagt Labeo, hat keine Klage gegen den Donator, womit er den Erſatz des aus der Eviction ihm entſtandenen

1) Die Beſchränkung auf die erſte iſt einer der Fälle, wo der Inhalt der Obligation durch die Formel beſtimmt wird und intereſſirt uns hier nicht weiter. — Uebrigens vergl. man noch L. 23. L. 91. §. 3. D. de verb. obl. Paul. sent. rec. V. 7. §. 4., wo Schuld überhaupt, jedoch mit Hindeutung auf culpa in faciendo als das genannt wird, was den Promiſſor verantwortlich macht.

2) Thibaut, Pandektenrecht §. 165. Note m.

3) L. 9. pr. D. locati.

Schadens fordern könnte 1). Warum? weil er ſich ihm überhaupt zu nichts verpflichtet hat 2). Nur ſein Dolus, als Delict, begründet die actio doli. Soll durch Analogie hieraus etwas für die Culpa abgeleitet werden, ſo könnte es nur dieß ſein, daß der Donator aus demſelben Grunde nicht für Culpa einſteht, weshalb er für die Eviction nicht haftet, nämlich weil er überhaupt zu nichts verpflichtet iſt, er müßte denn promittirt haben. Auf dieſe Weiſe ſpricht die Stelle mehr für unſere Anſicht als für die entgegenſtehende. Ebenſo verhält es ſich mit dem, was eine andere Stelle über die Gewähr der natürlichen Mängel einer geſchenkten Sache ſagt 3). Nicht mehr beweist eine dritte.

L. 41. §. 1. de re iud. Paul. lib. XIV. Quaestionum.

Fundum quis donavit: si non restituat, ut quivis possessor damnandus est: si autem fundum restituit, fructuum nomine, si non eos consumpsit, in solidum condemnandus est: potuit enim non periclitari, si statim restituisset: si dolo desiit possidere, in litem iurabitur et tanti sequetur condemnatio.

---

1) Vgl. L. 48. D. de rei vind.

2) Anders natürlich, wenn die Evictionsleiſtung oder auch nur das Geben der Sache ſchenkungsweiſe promittirt wurde. Paul. sent. rec. V. 11. §. 5. — *nisi* promiserit. L. 2. C. de evict. — Ganz parallel geht der Schenkung in dieſer Beziehung die Dos. L. 1. C. de iure dot. L. 16. L. 34. D. eod.

3) L. 62. D. de Aed. ed. Modestin lib. VIII. Differentiarum. Ad res donatas edictum Aedilium curulium non pertinere dicendum est: etenim quid se restituturum donator repromittit, quando nullum pretium interveniat? Quid ergo si res ab eo, cui donata est, melior facta sit? nunquid quanti eius, qui meliorem fecit, interest, donator conveniatur? quod minime dicendum est: ne eo casu liberalitatis suae poenam patiatur. Itaque si qua res donetur, necesse non erit ea repromittere, quae in rebus venalibus Aediles repromitti iubent: sane de dolo donator obligare se et debet et solet: ne quod benigne contulerit, fraudis consilio revocet.

Soll die Stelle überhaupt hierher gehören, so muß wieder ein Schenkungsversprechen darin vorausgesetzt werden, und dafür ist allerdings einiger Schein. Denn das Grundstück ist geschenkt, aber noch im Besitz des Donators und es wird nun untersucht, was er deshalb dem Donatar (von diesem, nicht von einem Dritten ist offenbar die Rede) zu leisten habe. Allein die Klage des letztern ist keine persönliche, sondern eine dingliche. Es liegt also dennoch ein dare donationis causa zum Grunde, welches ohne Uebergabe der Sache, also durch mancipatio oder in iure cessio geschehen, und dessen Vollziehung durch Uebertragung des Besitzes der Donator durch die Vindication erzwingt 1). Im Justinianischen Recht aber, wo Eigenthum nicht ohne Besitz gegeben werden kann 2), ist der Fall so zu denken, daß der Donator nach der Uebergabe die Sache zufällig wieder erhalten hatte. Jedenfalls sind die dem Donator hier auferlegten Leistungen die gewöhnlichen der in rem actio, und sie werden aufgezählt nur um zu bemerken, daß der Donator, der hier nicht als solcher, sondern als Besitzer belangt wird, nicht in quantum facere potest, sondern in solidum condemnirt werde. Für unsere Frage enthält die Stelle also nichts.

Da nun andere Stellen nicht nachgewiesen werden können, welche die Verpflichtung des Promissors aus diesem oder einem andern Grunde auf dolus und culpa lata beschränkten, so können wir mit Sicherheit annehmen, daß, was nach dem oben Angeführten als Regel für die Stipulation feststeht, abgesehen von einer Beschränkung durch die verba stipulationis, ohne Ausnahme bei derselben gegolten habe. Und dieß ist ihrer Natur

1) Vorausgesetzt, daß er eine persona excepta ist, was im ursprünglichen Zusammenhang der Stelle sicher ausgedrückt war. Vgl. Fr. Vat. §. 310. 311.

2) L. 20. C. de pactis. Traditionibus — dominia rerum, non nudis pactis transferuntur.

als stricti iuris Obligation ganz gemäß. Denn solche Beschränkungen, wo sie sonst vorkommen, beruhen entweder auf dem Willen der Contrahenten oder auf individuellen Billigkeitsgründen. Jener kann hier nicht berücksichtigt werden, wenn er nicht in die verba aufgenommen ist, und diese nicht, weil das strenge Recht die abstracte aus dem Begriff des Schuldverhältnisses abgeleitete Regel ohne Modification durch die besondern Umstände festhält.

Ist dieß richtig, so müßte es freilich auch bei andern strengrechtlichen Verhältnissen gelten, und in der That läßt es sich wenigstens für einige derselben erweisen, für keines das Gegentheil. So wird in der oben S. 559. Note 1. angeführten L. 23. D. de verb. obl. der Stipulation in dieser Beziehung das Damnationslegat ganz gleichgestellt. Noch bestimmter verpflichtet den Erben wegen Culpa überhaupt

L. 4. 7. §. 4. D. de leg. 1. Ulp. lib. XXII. ad Sabinum. Item si res aliena vel hereditaria sine culpa heredis perierit vel non compareat, nihil amplius quam cavere eum oportebit: sed si culpa heredis res perit, statim damnandus est.

Bedenken erregt dagegen freilich der folgende

§. 5. Culpa autem qualiter sit aestimanda videamus: an non solum ea, quae dolo proxima sit, verum etiam quae levis est: an numquid et diligentia quoque exigenda est ab herede: quod verius est.

Denn wenn hier auf ähnliche Weise, wie wir es später bei bonae fidei Obligationen finden werden, untersucht wird, was unter culpa zu verstehen sei, ob nur culpa lata, oder auch levis und selbst diligentia, so scheint hierin die Möglichkeit einer Beschränkung vorausgesetzt und nur aus innern Gründen, etwa weil der Erbe auch Vortheil hat, die ausgedehnteste Prästation behauptet zu werden. Allein die Möglichkeit einer Beschränkung konnte unbeschadet unserer Regel auf doppelte Weise gedacht werden. Die Testamentsobligation nämlich ist zwar stricti

iuris, der Erbe genießt aber gewiſſe Begünſtigungen z. B. in Rückſicht des Erfüllungsortes, die ſonſt nur dem Schuldner in bonae fidei Obligationen zugeſtanden werden 1). Eine ſolche Begünſtigung wäre auch in Beziehung auf Culpa denkbar. Allein ſie wird ihm verſagt, und wohl zu merken ohne Berufung auf innere Billigkeitsgründe, alſo rein nach der Regel der Schuldverhältniſſe überhaupt und der stricti iuris Obligation insbeſondere. Sodann konnte die Frage entſtehen, ob nicht wie bei der Stipulation auf dare die diligentia auszuſchließen ſei? Auch dieß wird verneint, der Inhalt der Obligation alſo weniger von dem Buchſtaben der ſie begründenden Form abhängig gemacht 2).

Auch daß der Uſufructuar den Fleiß eines bonus paterfamilias aufwenden müſſe, alſo wegen culpa levis hafte, pflegen die Neuern daraus zu erklären, daß er Vortheil von der Sache ziehe. Die Quellen berufen ſich darauf nirgends. Der richtige und vollkommen ausreichende Grund ſcheint mir, daß er zum Eigenthümer in einem Schuldverhältniß ſteht, und zwar in einem ſtrengrechtlichen, welches jede Beſchränkung ſeiner Verpflichtung ausſchließt, es mag nun die cautio usufructuaria ſein, oder die ſie vertretende condictio 3).

Noch gezwungener iſt es, die Verbindlichkeit des bonas fidei possessor im Vindicationsprozeß daher abzuleiten, daß ihm durch Ueberlaſſung des Beſitzes und der Beklagtenrolle ein Vortheil zugewandt ſei. Eine durchaus einfache und natürliche Erklärung ergibt ſich aus unſerer Anſicht. Vor angeſtellter Klage kann er dem Eigenthümer für culpa nicht

---

1) L. 38. D. de iudiciis. L. 26. §. 1. L. 47. pr. §. 1. D. de legat. 1. vgl. mit L. 12. §. 1. D. depositi.

2) Der Erbe haftet ja auch zum tradere, nicht bloß zum dare. Gai. II. §. 204.

3) L. 7. pr. D. usufr. quem. cav. L. 5. §. 1. D. de us. ear. rer. L. 18. §. 2. D. de damno infecto.

einſtehen, weil er ihm nicht obligirt iſt. Ein Delict freilich, damnum iniuria datum oder dolus, verpflichtet ihn, wie jeden Andern, zum Schadenserſatz. Mit dem Anfang des Prozeſſes aber tritt er zum Kläger in ein obligatoriſches Verhältniß, welches ihn um ſo mehr für culpa levis verantwortlich macht, als es jeden Falls, wir mögen es aus der Satisdation 1) oder der Litiscontestation herleiten, ſtrengrechtlicher Natur iſt 2).

Alſo Regel iſt es, aus der Natur der obligatio abgeleitet, daß jeder Schuldner für irgendwie verſchuldete Nichterfüllung Schadenserſatz geben muß, eine Regel, welche bei stricti iuris Obligationen ohne Ausnahme gilt. Ganz anders bei Schuldverhältniſſen, die bonae fidei ſind, oder ſonſt nach aequitas beurtheilt werden 3). Zwar kann man es auch bei dieſen als Regel anſehen, daß culpa levis präſtirt werde, da bei weitem die Mehrzahl derſelben ſie umfaßt. Allein dieſe Regel entſcheidet hier nicht unbedingt. Der wenn gleich nicht förmlich ausgeſprochene Wille der Partheien und in der Sache ſelbſt liegende Billigkeitsgründe beſchränken ihre Anwendung auf ſo mannigfaltige Weiſe, daß jedes einzelne Verhältniß dieſer Art beſonders darauf angeſehen, die Erkenntniß ſeiner eigenthümlichſten Natur geſucht werden muß, um zu beſtimmen, in wie weit der Wille des Schuldners dadurch in Anſpruch genommen werde. Für einzelne Fälle beſtimmte man dies ſchon ſehr früh 4); in den meiſten wurde es der Beurtheilung des Juder durch die

---

1) Gai. IV. §. 89—94.

2) L. 91. pr. D. de verb. obl. ſtellt daher die Verpflichtung des Beklagten im Vindicationsproceß, was den Grad der Culpa betrifft, der Stipulation gleich.

3) Dieſe Unterſcheidung macht auch Löhr, Theorie der Culpa, Gießen 1806. S. 133. folg. Daß ich unabhängig von ihm auf dieſelbe geführt worden bin, iſt wohl eine innere Beſtätigung ihrer Richtigkeit. Auch Elvers, doctrinae iuris civilis Romani de culpa prima lineamenta, Gotting. 1832. 8. legt ſeiner eigenthümlichen Theorie dieſe Unterſcheidung zum Grunde.

4) Die actio depositi der zwölf Tafeln gründete ſich ohne Zweifel auf

allgemeine Verweisung auf aequitas überlassen, und wir finden Spuren, daß die Ansichten darüber nicht immer übereinstimmten 1). Die Römischen Juristen führten es dann auf bestimmte Grundsätze zurück, die jedoch in demselben Grade der Sache entsprechen, als sie aus der Eigenthümlichkeit des einzelnen Verhältnisses abgeleitet sind; wo sie allgemein und durchgreifend werden, eher den Schein der Willkühr an sich tragen. So erklärt sich historisch der scheinbar künstlichere Theil ihrer Prästationslehre, während die allgemeinsten Principien höchst einfach sind.

Zum Beweise der hier behaupteten Beziehung auf bonae fidei Obligationen dient zuvörderst, daß, wie wir oben gesehen haben, bei strengrechtlichen Verhältnissen sich keine Spur einer Ausnahme von der allgemeinen Regel findet. Ja die Römischen Juristen halten es bei diesen nicht einmal für nöthig, in eine Untersuchung über Culpa einzugehen. Bei bonae fidei Contracten erörtern sie diesen Punkt immer ausführlich, so daß die ganze Lehre fast nur in den darauf bezüglichen Titeln der Pandekten enthalten ist 2).

Wir besitzen aber auch ein ausdrückliches Zeugniß dafür in L. 108. D. §. 12. D. de legat. 1. Africanus lib. V. Quaestionum.

Cum quid tibi legatum, fideique tuae commissum sit, ut mihi restituas: si quidem nihil praeterea ex testamento capias, dolum malum in exigendo eo legato, alioquin

---

Dolus, da sie auf das Duplum ging. Mos. et Rom. leg. Coll. X. 7. §. 11. Ebenso die vom Prätor aufgestellte Klage. L. 1. §. 1. D. depositi. Gai. IV. §. 47. Die Hereinziehung der culpa in concreto gehört dagegen wohl der spätern Entwicklung der Lehre an.

1) So bei der Societät. §. 9. Inst. de societate.

2) Ebenso in den Institutionen bei Commodat, Depositum, Pignus, Kauf, Miethe, Societät u. s. w. Bei der verborum obligatio ist nicht davon die Rede.

etiam culpam te mihi praestare, existimavit: sicut in contractibus fidei bonae servatur, ut si quidem utriusque contrahentis commodum versetur, etiam culpa, sin unius sotius dolus molus tantummodo praestetur.

Die durchgreifendste Unterscheidung der Contracte, nach welcher der Schuldner ex causa lucrativa nur für dolus, der ex causa onerosa auch für culpa einsteht, wird hier geradezu als eine Regel der bonae fidei Contracte bezeichnet, deren Anwendung auf das Fideicommiß sich leicht daraus erklärt, daß dieses auf gleiche Weise, ja in noch höherem Grade nach aequitas beurtheilt wird, weshalb der Prätor die Cognition nicht einmal einem Arbiter übertrug, sondern sich selbst vorbehielt. Und auch sonst wird diese Regel nur bei bonae fidei Contracten erwähnt 1), ja sie wird auf einen Contract angewendet, der in seiner Allgemeinheit die ganze Classe repräsentirt, wie die Stipulation die stricti iuris Obligationen, nämlich den Innominatcontract 2).

Aber wie können dennoch die Römischen Juristen in den bekannten Hauptstellen, L. 23. D. de reg. iur. (oben S. 224) und L. 5. §. 2. D. commodati (oben S. 210) eine allgemeine Classification aller Contracte aufstellen, je nachdem Culpa prästirt wird oder nur Dolus? In der That wird nicht Alles, was contractus heißen kann, aufgezählt und classificirt. Dieß zeigt schon der Eingang in L. 23. cit.

---

1) L. 5. §. 2. 10. D. commodati. L. 31. D. locati. L. 17. pr. D. de iure dotium. L. 61. §. 5. 6. D. de furtis. Gai. III. §. 206. Mos. et Rom. leg. coll. X. 2.

2) L. 17. §. 2. D. de praescript. verb. L. 10. §. 1. D. commodati. — Daß die actio praescriptis verbis nicht blos beim Tausch und Trödelcontract (§. 28. Inst. de act. L. 1. pr. D. de aestim. L. 2. C. (de rer. permut.) bonae fidei ist, sondern auch in andern Fällen, beweist L. 2. §. 2. D. de precario, auch L. 9. D. de praescr. verbis.

Contractus quidam dolum malum dumtaxat recipiunt, quidam et dolum et culpam rel. 1).

und in L. 5. §. 2. eit.

Et quidem in contractibus interdum dolum solum, interdum et culpam praestamus rel.

Und welche Verhältniſſe ſind es denn, die genannt werden? Nur bonae fidei Obligationen, ja dieſe vollſtändig in L. 23., wenn man von der veralteten fiducia abſieht 2), und das Precarium als Innominatcontract gelten läßt 3). Die contractus in der Mehrzahl ſind alſo die durch ihren mannichfaltigen Inhalt individualiſirten bonae fidei Contracte im Gegenſatz des Einen, formellen Verbalcontractes, der, wenn von verſchiedener Präſtation aus individuellen Gründen die Rede iſt, gar nicht in Betracht kommt.

Dieſe beſchränktere Beziehung iſt aber auch in L. 23. beſtimmt angedeutet. Einmal in den Worten:

Sed haec ita nisi si quid nominatim convenit vel plus vel minus in singulis contractibus: nam hoc servabitur, quod initio convenit: legem enim contractus dedit:

Denn nur bei bonae fidei Contracten iſt es wahr, daß das pactum in continenti adiectum eine lex contractus bilde 4). Und noch beſtimmter im Folgenden:

---

1) Gerade ſo wie §. 28. Inst. de act. durch die Worte: Actionum autem quaedam bonae fidei sunt, quaedam stricti iuris, keine erſchöpfende Eintheilung aller Klagen einführt. Vergl. §. 1. Inst. eod.

2) Erwähnt wird ſie dagegen in Mos. et Rom. leg. coll. X. 2. §. 2.

3) L. 2. §. 2. L. 19. §. 2. D. de precario. Paul. V. 6. §. 10. Nur nach dieſer von der urſprünglichen Idee des Inſtituts abweichenden Behandlung kann es auch ein contractus genannt werden. — Vgl. übrigens das Verzeichniß der b. f. iudicia in §. 28. Inst. de act. Gai. IV. §. 62. Cic. de off. III. 17.

4) L. 7. §. 5. D. de pactis. In L. 1. §. 6. D. depositi (Ulp.). Si convenit ut in deposito et culpa praestetur, rata est conventio: contractus enim legem ex conventione accipiunt, wird contractus auch

excepto eo quod Celsus putat, non valere si convenerit, ne dolus praestetur: hoc enim bonae fidei iudicio contrarium est rel.

Denn dieser Grund hat nur dann Sinn, wenn Ulpian auch im Vorhergehenden von bonae fidei iudiciis redete.

Erwägen wir nun noch die verschiedenen Prästationsregeln, so wird sich ergeben, daß sie fast durchweg aus der Eigenthümlichkeit des einzelnen Verhältnisses abgeleitet sind, wie es das Wesen der aequitas mit sich bringt.

Zwar gleich die erste Hauptregel könnte dagegen angeführt werden, sie scheint ein durchgreifendes Princip auszusprechen: Wer durch Eingehung des Schuldverhältnisses dem Gläubiger eine Liberalität erwies, soll bei dessen Erfüllung nur wegen dolus haften; hat er Vortheil davon, auch culpa. Sehen wir aber, wie hiernach die Contracte geordnet werden, so finden wir auf der einen Seite nur Ein Geschäft, das Depositum 1), auf der andern alle übrigen und darunter als eine störende Ausnahme auch das Mandat 2). Fragen wir nun, warum das Depositum auf jener und das Mandat auf dieser Seite steht, da ja doch beide auf unentgeldliche Dienstleistungen gerichtet sind, so ist eine Antwort nicht in diesem Princip, sondern nur in der eigenthümlichen Bedeutung jedes dieser Geschäfte zu finden. Der Depositar gestattet, daß die Sache bei ihm niedergelegt werde und denselben Schutz genieße, wie die eignen in seiner custodia befindlichen Sachen; er verpflichtet sich nicht zu einem positiven, fleißigen Thun (diligentia), sondern lediglich

---

in diesem engern Sinne gebraucht. Ohne Zweifel gibt es noch mehr solcher Stellen.

1) So in L. 5. §. 2. cit. In L. 23. cit., welche freilich nicht nach diesem Princip classificirt, mag diese Unverhältnißmäßigkeit Ulpian veranlaßt haben, dem Depositum das Precarium beizufügen, bei welchem doch nur deshalb keine culpa prästirt wird, weil es eigentlich kein contractus ist.

2) In L. 5. §. 2. wird es freilich, um diese Störung zu vermeiden, übergangen.

zur getreuen Rückgabe. Daher auch nur was die Treue (bona fides) verletzt, böser Wille (dolus), grobe Nachläſſigkeit (culpa lata) und Hintenanſetzung der fremden Sache gegen die eigne (culpa in concreto) ihn verantwortlich macht. Der Mandatar hingegen übernimmt die Beſorgung eines Geſchäfts und verpflichtet ſich der Natur der Sache nach zur fleißigen Beſorgung (diligentia) 1). Dieß, daß Thätigkeit in beſtimmter Richtung auf ein einzelnes Object oder mehrere verſprochen wird, ſcheint mir nämlich doch der richtige und einfache Grund 2), weshalb beim Mandat culpa präſtirt wird, und nicht die vom Vf. (§. 94.) hervorgehobene Repräſentation.

Wie iſt alſo dieſer doppelte Widerſpruch, daß bei Depoſitum, nicht weil es unentgeldlich, ſondern aus andern Gründen nur dolus, bei Mandat, wenn gleich unentgeldlich, doch culpa präſtirt wird, zu löſen? Ich denke mir die Sache ſo. Als die actio depositi auf dolus, die actio mandati auf culpa gegründet wurde, jenes ohne Zweifel ſchon in den zwölf Tafeln 3), dieß wohl erſt ſpäter 4), ſah man lediglich auf die eigenthümliche Natur des Geſchäfts, welche hier dieß, dort jenes zu fordern ſchien. Zu generaliſiren fühlte man kein Bedürfniß, denn die klagbaren Geſchäfte waren noch nicht ſo mannichfaltig 5), daß eine allgemeine ſie beherrſchende Regel

1) Ob es Blume gelingen wird, wie er zu Mos. et Rom. leg. coll. X. 2. §. 3. ankündigt, aus dieſer verworrenen Compilation gegen andere ſichere Zeugniſſe zu beweiſen, daß bei Mandat nur dolus präſtirt werde, ſteht zu erwarten.

2) Den ſchon Donellus angiebt. S. oben S. 368.

3) S. oben S. 364. Note 4.

4) Da wir ſo wenig von der Geſchichte des Obligationenrechts wiſſen, ſo bleibt es ungewiß, wann die Conſenſualcontracte aufgekommen ſind. Die actio depensi (Gai. III. §. 127. IV. §. 22.) und actio damni iniuriae ex II. cap. legis Aquiliae (Gai. III. §. 215. sq.) ſcheinen den Mangel der actio mandati vorauszuſetzen. Ueberdieß ſteht dahin, ob man über die Präſtation beim Mandat ſich gleich klar war.

5) Der Innominatcontract und die actio praescriptis verbis ſind ſicher

unentbehrlich gewesen wäre. Anders später, wo praktisches Bedürfniß und logischer Trieb die Juristen veranlaßte, eine solche aufzustellen, die sie, mehr einem unbestimmten Billigkeitsgefühl als einem festen Rechtsprincip folgend, auf den Gegensatz des lucrativen und onerösen Geschäfts gründeten. Der so gebildeten Classification ließ sich das Depositum, oberflächlich betrachtet, wohl einreihen, und rücksichtlich des Mandats trösteten sie sich wohl, wie neuere Juristen, damit, „daß Regeln Ausnahmen haben können".

Eben so individuell sind die Gründe, weshalb bei gewissen Geschäften die culpa auf diligentia quam suis rebus beschränkt wird, und die Römischen Juristen haben hier nicht einmal den Versuch gemacht zu generalisiren. Auch der Vf. (S. 272. 371.) erklärt sie beim Vormund aus einem eigenthümlichen Grunde, dem Zwang zur Uebernahme der Geschäftsführung, stellt aber alle andere Fälle (S. 377.) unter der allgemeinen Rubrik „Betreibung einer gemeinsamen Angelegenheit" zusammen. Als bloß logische Classification kann man dieß gelten lassen, da in der That Societät, communio incidens und Dos jenes gemeinsame Merkmal haben. Nur als der entscheidende Rechtsgrund ist es nicht anzusehen, dieser ist für jedes dieser Verhältnisse ein anderer, wie auch der Vf. S. 247. 251. zum Theil anerkennt.

Die Societät zuvörderst unterscheidet sich darin von allen andern Contracten, daß die Person des Schuldners bei diesen sich nur in einer beschränkten Richtung, bei jener in größerem Umfang, ja häufig in ihrem ganzen Geschäftsleben verpflichtet. Beim Kauf, der Sachmiethe sehe ich auf die Sache, bei der Dienstmiethe auf die versprochene Arbeit, und finde darin das objective Maaß der Verpflichtung meines Schuldners. Bei der Societät ist es der Socius selbst in seiner ganzen

---

späterer Formation, da zwar Labeo sie kennt, aber Sabinus und seine Schule sie noch vielfach in Zweifel ziehen.

Persönlichkeit, mit dem ich mich zu gemeinsamer Thätigkeit verbinde; wie natürlich, daß ich die gewählte Person dann auch mir so gefallen lassen muß, wie sie eben ist 1).

Bei der communio incidens würde dieser Grund auf das Gegentheil führen, denn z. B. den Miterben wählt man sich nicht 2). Dennoch wurde es aus einem andern Grunde für billig gefunden, diesem die Entschuldigung der negligentia consueta zu gestatten, nämlich weil auch er nicht durch freien Entschluß, sondern durch sein Interesse genöthigt, der Besorgung einer gemeinsamen Angelegenheit sich unterzog 3). Es wäre hart, hier mehr Fleiß von ihm zu verlangen, als er sonst in seinen privativen Angelegenheiten anzuwenden pflegt.

Bei der Dos geben die Quellen keinen Grund der Beschränkung auf diligentia quam suis rebus an 4). Der Vf. (oben S. 528. folg.) bestreitet, daß er in dem nahen persönlichen Verhältniß der Ehegatten liege und findet ihn darin, daß die Dos, wenn auch nicht der Form, doch der Sache nach eine Gemeinschaft begründe, es werde wie bei der Societät ein gemeinsamer pecuniärer Zweck (Unterhalt der Familie) mit gemeinsamen Kräften, Vermögensbeitrag von beiden Seiten, erreicht,

---

1) §. 9. Inst. de societate. — Nam qui parum diligentem socium sibi adsumit, de se queri debet, hoc est sibi imputare debet. Nicht in diesem Letztern, sondern in dem socium sibi adsumere ist der Grund angedeutet.

2) Eben deshalb konnte es hier nicht, wie früher bei der Societät (s. oben S. 565. Note 1.), zweifelhaft sein, daß auch culpa prästirt werden müsse. L. 25. §. 16. D. fam. ercisc. Paul. Non tantum dolum, sed et culpa in re hereditaria praestare debet coheres: quoniam cum coherede non contrahimus, sed incidimus in eum.

3) L. 25. §. 16. cit. Non tamen diligentiam praestare debet, qualem diligens paterfamilias: quoniam hic propter suam partem causam habuit gerendi: et ideo negotiorum gestorum actio ei non competit: talem igitur diligentiam praestare debet, qualem in suis rebus.

4) L. 17. pr. D. de iure dotium. L. 24. §. 5. D. soluto matr.

und die Frau vertraue dabei dem Manne wie einem Socius. Hierbei scheint jedoch der Einfluß des persönlichen Verhältnisses auf das Güterrecht der Ehe, der für die Dos so bedeutend ist, nicht genug gewürdigt; und was die Analogie der Societät betrifft, nach welcher man sagen müßte: die Frau hat den Mann gewählt, also muß sie ihn nun auch sich gefallen lassen, wie er ist! so führt sie auf einen schiefen Gesichtspunkt. Denn jene Willkühr entscheidet zwar bei dem Contract, in der Ehe aber, wie in jedem Familienverhältniß herrscht sittliche Nothwendigkeit; die Frau muß sich den Mann gefallen lassen, weil er ihr Mann ist! Ich glaube, die Sache ist so zu fassen. Die Dos wird dem Manne gegeben, damit er aus ihren Früchten, wie aus dem eignen Vermögen, den Unterhalt der Familie bestreite (ad onera matrimonii ferenda). Er hat aber nicht blos den ususfructus daran, sie ist ihm auch nicht wie sonst einem Schuldner geliehen, dann würde die Frau als Eigenthümerin oder Gläubigerin in die Verwaltung mit drein reden können. Eben dieß soll nicht sein, der Mann soll als Familienhaupt während der Ehe über die Dos wie über das eigne Vermögen frei verfügen 1) und deshalb an jenem Frauengut (res uxoria), das er beim Ende der Ehe zurückzugeben hat, nur den eignen gewohnten Fleiß prästiren 2). Es bestätigt sich also auch hier, daß nur die Einsicht in die eigenthümliche Natur des einzelnen Schuldverhältnisses Aufschluß über den Prästationsgrad gewähre.

Fassen wir das Resultat unserer Untersuchung zusammen. Zuvörderst ist festzuhalten, daß die allgemeine Natur der obligatio Prästation jeder Schuld (culpa im weitesten Sinn)

---

1) Aehnlich wie bei der strengen Ehe über das von der Frau ihm zugebrachte Gut.

2) Es ist also die Gleichstellung der fremden Sache mit den eignen, die hier die Beschränkung auf diligentia quam suis rebus, wie bei dem Depositum die Ausdehnung auf culpa levis in concreto begründet.

verlangt, und daß die Römer dieß anerkennen, namentlich indem sie die daraus fließende strenge Rechtsregel auf stricti iuris Obligationen, insbesondere die Stipulation, ohne Ausnahme anwenden. Ihre Erörterung der Prästationsgrade beschränkt sich auf Verhältnisse des aequum ius, und die Bestimmung derselben ist, wie der Begriff der Billigkeit es erheischt, ganz aus der eigenthümlichen Natur jedes einzelnen Verhältnisses abgeleitet. Nur Eine allgemeine Regel haben sie aufgestellt, die aber weder Alles erklärt, noch überall zutrifft.

Will man rein logisch classificiren, so mag man immer ein Schema, wie schon Ulpian in L. 23. D. de reg. iuris und L. 5. §. 2. D. commodati oder der Verf. im §. 95., aufstellen. Nur soll man sich bewußt bleiben, daß es keine Einsicht in den innern Zusammenhang gewährt und für das Römische Recht in Beziehung auf die stricti iuris Obligationen eine große Lücke läßt.

Für unser heutiges Recht freilich, wo die Stipulation nicht mehr besteht, und das sie vertretende nudum pactum nach den freiesten Rechtsprincipien beurtheilt werden muß, ist gegen die Vollständigkeit jenes Schema's wenig einzuwenden, ja selbst die Schenkung wird nun ihre Stellung darin finden müssen.

Nachdem ich meine Ansicht entwickelt habe, wird der Leser auch des Verfassers Einwendungen dagegen zu hören wünschen. Ich würde, im schriftlichen Besitze derselben, sie vollständig abdrucken lassen, wenn sie durchweg die Reife hätten, ohne die nichts von bedeutender Hand Herrührendes veröffentlicht werden sollte. Folgendes kann ich jedoch mittheilen:

Der Vf. bestritt hauptsächlich, daß bei der Stipulation eine andere Prästation als bei den bonae fidei Contracten statt finde. Seine Gründe waren diese:

„Alle Abstufung der Culpa d. h. doch eigentlich nur,

welches Maaß der Sorgfalt gefordert werde, um eine Nicht-culpa, einen Casus zu behaupten, wird durch den Charakter des Verhältnisses, worin die Handlung vorkommt, also durch den Stoff bestimmt. Die reine Form kann zwar den Stoff, welchen sie aufnimmt, beschränken und beschneiden, damit er passe, aber sie kann ihn nicht verwandeln. So kann sie zwar eine Art der Culpa von der Prästation ganz ausschließen, — aber sie kann den Grad der Culpa nicht verändern, da dieß das Wesen des Stoffes verändern hieße. Die Stipulation ist ein reiner Formalcontract; ihr ist jeder Stoff gerecht, daher kann man durch sie noviren, daher kann man jede Verbindlichkeit gleich bei ihrer Entstehung in sie deduciren. — Bei allem strengen Halten an dem Wortsinn kann es schlechterdings nicht vermieden werden, Rückblicke zu werfen auf das, was im Hintergrunde liegt. — Ein in stipulationem deducirter Kauf kann nicht ganz und gar wie eine deducirte Schenkung, ein in stipulationem deducirtes Commodat wie ein deducirtes Depositum u. s. w. behandelt werden, wenn gleich diese Obligationen sich in derselben Form darstellen."

Diese Einwendungen haben vielen Schein, weil sie von der richtigen Unterscheidung des Stoffs und der Form ausgehen; allein sie treffen meine Behauptung, daß bei der Stipulation alle Culpa prästirt werde, nicht. Denn nicht aus ihrer Form leite ich dieß ab, welche allerdings nur eine Art der Culpa (in non faciendo) und die Berücksichtigung unförmlicher Nebenabreden ausschließt, sondern aus der strengrechtlichen Natur des durch Stipulation begründeten Schuldverhältnisses. Durch diese seine Natur ist es nicht blos streng an die verba, sondern auch an die abstrakte, aus dem allgemeinen Begriff der obligatio abgeleitete Rechtsregel gebunden und die Berücksichtigung individueller, durch den Stoff gegebener Billigkeitsgründe unmöglich gemacht. Der Vf. selbst macht darauf aufmerksam, daß jedes iudicium seine eigenthümliche Prästation habe. Nun aber gibt es für alle Stipulationen, ja für alle stricti iuris

Obligationen nur Ein, oder wenn man will, zwei iudicia, die condictio certi und incerti 1); wie hätte nun in den einzelnen Fällen eine verschiedene Prästation eintreten sollen?

„Ist also", fährt der Vf. fort, „ein Kauf deducirt, so ist dolus und culpa und diligentia omnis zu prästiren; wo eine res deposita deducirt war, da ist culpa lata, wo eine Societätsverpflichtung, zwar culpa levis, aber diligentia quam suis rebus zu prästiren. Daher erklärt es sich leicht, daß im ganzen Corpus juris keine einzige Stelle vorkommt, die bei Stipulation die Prästation des Grades der Culpa bestimmt. Ich sage mit Fleiß „keine einzige", denn die Stellen, die man dafür anführen könnte und die zum Theil von Ihnen dafür angeführt sind, thun dies nicht. Die negativen Ausdrücke „sine culpa, culpa carere", wo sie ohne Weiteres und ohne bestimmteren Gegensatz als den allgemeinen des Casus vorkommen, können eine solche Bestimmung nicht vertreten, da sie in gewissem Sinne bei jedem Grad der Culpa vorkommen können, sobald man den Begriff relativ nimmt; was in dem bestimmten Verhältniß nicht mehr zu prästiren ist, das ist nicht Culpa, das ist Casus".

Ich muß zuvörderst bezweifeln, daß die Römer bei den genannten Consensual- oder Realcontracten sich der Stipulation häufig bedient haben. Es war dafür schlechterdings kein Bedürfniß, ja die Contrahenten hatten alle Ursache es zu vermeiden, da die bonae fidei Obligation beiden Theilen Vortheile gewährte, welche bei der Stipulation nur durch verba expressa, doli clausula u. s. w. erreicht werden konnten. Anders freilich bei dem Darlehen 2), welches ohnedieß stricti iuris war. Sodann erklärt mir des Verf.'s Ansicht keineswegs das Stillschweigen der Rechtsquellen über verschiedene Prästations-

1) Vgl. Hollweg, Versuche über einzelne Theile der Theorie des Civilprozesses S. 37—41.

2) L. 6. §. 1. L. 7. D. de novat. Gai. IV. §. 116. Cod. 4, 30. de non numerata pecunia.

grade bei der Stipulation; denn wenn sie statt gefunden hätten, so wäre es doch höchst auffallend, daß unter den zahlreich verzeichneten Rechtsfällen nicht Ein Beispiel davon sich fände. Die Möglichkeit endlich, daß culpa in den meisten der oben angeführten Stellen relativ zu nehmen sei, für das was unter gegebenen Voraussetzungen Schuld ist, will ich nicht bestreiten. Allein in Verbindung mit dem gänzlichen Stillschweigen der Quellen über den Einfluß solcher Voraussetzungen halte ich es doch für wahrscheinlicher, daß es den absoluten Sinn wie bei der Lex Aquilia 1) habe. Die eine Stelle, L. 51. D. de verb. obl. (oben S. 558.), welche dolus und culpa unterscheidet, und wo nach dem constanten Sprachgebrauch der Quellen letzteres culpa levis bedeutet, bezieht der Vf. wie L. 91. eod. auf culpa in non faciendo; daß der Promissor die Freilassung des fremden Sklaven nicht verhindert, sei kein Unrecht, weder dolus noch culpa, weil er überhaupt zum Thun nicht verpflichtet ist. Die Beziehung auf diese Art der culpa ist aber weder ausgedrückt, noch liegt sie in dem Rechtsfall. Der Einfluß des Promissors auf den Eigenthümer des versprochenen Sklaven, sei es durch Thun oder Nichtthun, wird überhaupt nie in Betracht gezogen. Daß er diesem nicht feil ist, befreit jenen nicht von seiner Verpflichtung 2); wohl aber die Freilassung, weil das Geben des freien Menschen absolut unmöglich und diese Unmöglichkeit durchaus nicht auf den Willen des Promissors zu beziehen ist. Aber auch die Beziehung der Stelle auf culpa in non faciendo zugegeben, bleibt sie doch immer ein Beweis, daß bei der Stipulation regelmäßig dolus (culpa lata mit eingeschlossen) und culpa (levis) verantwortlich machten.

---

1) Z. B. in §. 3. Inst. de lege Aquilia. Ac ne is quidem hac lege tenetur, qui casu occidit: si modo culpa eius nulla inveniatur.

2) L. 137. §. 4 D. de verb. obl. — ne incipiat dici, eum quoque dare non posse, qui alienum servum, quem dominus non vendat, dare promiserit.

Für seine Ansicht berief der Verf. sich endlich noch auf das Recht der Dos, ja dieses, mit dem er eben damals für sein „Güterrecht der Ehegatten" beschäftigt war, machte ihm die ganze Frage besonders interessant. Er schrieb mir hierüber:

„Die Dos darf ich wohl als für mich einigermaaßen beweisend anführen. Denn so viel werden Sie mir zugeben, daß wenn die stricte Natur einer Stipulation keine Beschränkung auf culpa lata, sie auch gewiß die noch künstlichere Beschränkung auf diligentia quam suis nicht zuließ. Darnach würde sich also bei der Dos die Sache so stellen: ist die in dotem gegebene Sache oder auch die Dos als universitas zurückstipulirt, so hat der Mann diligentia diligentis, sonst nur diligentia quam suis zu prästiren. Es würde also bei der Stipulation die einzelne Sache oder das Ganze der Dos aus dem natürlichen Verhältniß ganz herausgehoben, es wäre im strengsten Sinn ein gemeines Contractsverhältniß, und die Ehe würde weiter gar nicht beachtet, als nur in Beziehung auf den Termin oder als Bedingung der Rückgabe. Der Natur der Sache nach ist dieß schon sehr unwahrscheinlich; aber auch Folgendes in Justinians Gesetzgebung spricht mit ziemlicher Bestimmtheit dagegen. Bekanntlich machte Justinian in L. un. C. de rei uxor. act. beide Klagen, die actio ex stipulatu und rei uxoriae, zu Einer actio ex stipulatu, indem immer, wo sie nicht schon war, die Stipulation zum Vortheil der Frau und ihrer Erben fingirt werden sollte. Nur die Vortheile, welche die rei uxoriae actio für die Frau hatte, sollten auf die neue actio ex stipulatu übertragen werden. Als beneficium für die Frau sah es auch Justinian an, daß seine neue Klage ein iudicium bonae fidei sein sollte. Daraus müßte denn freilich von selbst folgen, daß unter der obigen Voraussetzung nur diligentia quam suis rebus noch zu prästiren war, es mochte Stipulation sein oder nicht. Dieß ist nun aber kein Vortheil für die Frau, fürwahr nicht; dieß konnte Justinian nicht übersehen, und da er im ganzen Detail dieser und anderer Constitutionen auf den

Vortheil der Frau bedacht ist, so ist zu vermuthen, daß er in diesem Punkt der alten actio ex stipulatu würde gefolgt sein, wenn diese ihn überhaupt eigenthümlich bestimmt hätte. Statt dessen aber nimmt er später Stellen in seine Pandekten auf, welche allgemein sagen, daß die Frau vom Manne nur diligentia quam suis rebus verlangen könne. L. 17. pr. D. de iure dot. L. 24. §. 5. D. sol. matr. Der ersten Stelle ist es wenigstens nicht anzusehen, daß sie sich bloß auf die rei uxoriae actio bezog; von der letzteren möchte ich es auch nicht glauben."

Diese Folgerungen aus meiner Ansicht für das Dotalrecht sind in der That interessant; allein ich schrecke vor denselben keineswegs zurück. Ich glaube allerdings, daß die Stipulation die Dos gewissermaaßen in ein gewöhnliches Contractsverhältniß verwandelte, welches den Mann schon während der Ehe zum Schuldner machte und auch auf extranei (die Erben der Frau) übergehen konnte. Der Einfluß der Ehe ist ausgeschlossen rücksichtlich der Termine der Rückgabe, der condemnatio in id quod facere potest 1). Warum nicht auch bei Bestimmung der Culpa? Daß dieß nirgends erwähnt wird, ist erklärlich, da die Juristen in Entwickelung des Dotalrechts sich hauptsächlich mit der actio rei uxoriae beschäftigen 2), die actio ex stipulatu wurde communi iure beurtheilt. Eben deshalb bezweifle ich nicht, daß auch die angeführten Pandektenstellen ursprünglich nur von jener Klage handelten.

Justinian übertrug auch in dieser Beziehung das Recht der actio rei uxoriae auf seine neue actio ex stipulatu, wenngleich die Frau hierdurch verlor. Denn es ist unrichtig, daß

---

1) L. un. §. 7. C. de rei uxor. act. Besonders das Letztere ist merkwürdig, da doch bei dem Schenkungsversprechen auf die causa promissionis Rücksicht genommen wurde.

2) So Ulp. fragm. VI. und Fragm. Vat. tit. de re uxoria et dotibus.

er nur die ihr günstigen Bestimmungen herübergenommen habe. Er sagt 1): Si quid autem optimum ex rei uxoriae actione invenimus, hoc in praesenti specialiter ei addimus, und nennt seine neue Klage veteris actionis pulchritudine decorata. Jenes optimum und diese pulchritudo begreift jede der Sache d. h. hier dem ehelichen Verhältniß angemessene Bestimmung, mag sie nun zum Vortheil der Frau oder des Mannes gereichen. Durch die actio ex stipulatu wollte er nur bewirken, daß die Dos allemal auf die Erben der Frau fiele; andere aus der Natur der Dos abgeleitete Rechtssätze sollten bleiben. So die bonae fidei Natur der Klage, welche eben sowohl dem Manne als der Frau zu Gute kommen kann; ferner die Termine der Rückgabe und das s. g. beneficium competentiae 2), welche selbst entschieden einen Vortheil des Mannes begründen. Desgleichen die Beschränkung der culpa auf diligentia quam suis rebus adhibet.

---

1) L. un. §. 2. C. de rei uxor. act.

2) L. un. §. 7. C. cit. — quia hoc aequissimum est et reverentiae debitum maritali.

Inhalt.

Einleitung. (S. 1 — 6.)

Erstes Capitel. Von der allgemeinsten Bedeutung des Wortes Culpa. — Umfang der Lex Aquilia. — Bedeutung des Wortes Culpa, wie sie für unsere Lehre brauchbar ist.

§. 1. Die allgemeinste Bedeutung ist: ein Verstoß gegen Recht, Sitten, gute Ordnung; die allgemeinste juristische: ein Vergehen gegen Recht und Gesetz. In diesem Sinn erstreckt sich die Lehre von der culpa so weit als das ganze Recht, und die Lehre von unerlaubten Beschädigungen ist ein Theil derselben. (7 — 11.)

§. 2. Einleitung zu der Untersuchung, welche Beschädigung ist als solche unerlaubt? Beschädigung überhaupt ist Verminderung des Vermögens, des bestehenden oder des künftigen. (11 — 13.)

§. 3. Beschädigungen durch Nichtthun sind in der Regel nicht unerlaubt, aber auch nicht alle Beschädigungen durch Thun sind es unbedingt! (13 — 15.)

§. 4. Welche? darüber gibt die L. Aquilia Auskunft. (15 — 16.)

§. 5. I. Sie hob alle früheren Gesetze über diesen Gegenstand auf. Ausnahmen sind nur eingebildet, z. B. daß eine Actio noxalis noch aus den XII soll angestellt werden können: L. 2 D. de noxal. act. u. L. 56. D. de O. et A. werden ausgelegt. (17 — 20.)

§. 6. II. Sie umfaßt also Alles, was damnum iniuriae ist, und was nicht dahin gehört, ist nicht damnum iniuriae. — Alle Beschädigungen durch Nichtthun sind ausgeschlossen. L. 27. §. 9. D. ad L. Aqu. wird erklärt. (20 — 23.)

§. 7. III. Nicht jede schädliche, irgend einem Recht widerstreitende Handlung,

ſie mag poſitiv oder negativ ſein, ſondern nur eine ſolche, die ſchon als Beſchädigung widerrechtlich iſt, iſt damnum iniuriae; ſonſt hätte die Aquilia die ältern Geſetze nicht aufheben können, und würde ſelbſt keine beſtimmte Gränzen haben, auch würde die actio doli dann gar nicht haben entſtehen können. An einem Princip, was damnum iniuriae ſei und warum? fehlt es. (23 — 28.)

§. 8. IV. Verletzung der Subſtanz einer Sache und was dem wegen offenbarer Billigkeit gleich geſtellt worden, gehört zur Aquilia und iſt allein damnum iniuriae. (28 — 32.)

§. 9. Concurrenz der actio Leg. Aqu. mit andern Klagen, wenn das beſonders qualificirte Factum dieſer zugleich ein damnum iniuriae iſt, z. B. mit der actio arborum furtim caesarum: L. 27. §. 26. D. ad L. Aqu. wird erklärt — und der actio furti: §. 25. 27. eiusd. Leg. — L. 27. §. 3. D. d. furtis L. 41. §. 1. L. 42. D. ad L. Aqu. L. 2. D. de privat. delict. werden beurtheilt. Fälle, da ohne eigentliche Verletzung der Subſtanz ein damnum iniuriae vorhanden: L. 27. §. 21. D. ad L. Aqu. §. 11. I. de obl. q. e. del. L. 14. §. 2. D. de praescr. verb. (32 — 38.)

§. 10. V. In dem Ausdruck damnum iniuria datum oder damnum culpa datum, bedeuten die Worte iniuria und culpa daſſelbe, und gehen auf volle Widerrechtlichkeit an ſich; dieſe enthält zwei Theile, objective und ſubjective Widerrechtlichkeit: L. 5. §. 1. D. ad L. Aqu. §. 2. I. eod. (38 — 42.)

§. 11. In dem Begriff culpa iſt jedoch die ſubjective Widerrechtlichkeit (Zurechnung) vorherrſchend. L. 1. pr. de iniur. mit Zuziehung der Parallelſtellen in den Inſtitut., des Theophilus Paraphraſe und der Coll. Leg. Mosaic. wird ausgelegt. — Speciellere, aber noch immer den dolus umfaſſende Bedeutung von culpa: Zurechnung: L. 5. §. 2. L. 52. §. 1. D. ad L. Aquil. L. ult. D. de Sct. Silan. L. 91. §. 3. D. de V. O. Sie iſt allein für unſere Lehre brauchbar. (42 — 53.)

§. 12. Ueber das verloren gegangene zweite Capitel der Lex Aquil. Es enthielt keine beſondere Fälle an ſich widerrechtlicher Schadenszufügungen. (53 — 62.)

Zweites Capitel. Begriff der Zurechnung — von Zurechnung und culpa bei der Aquilia.

§. 13. Begriff der Zurechnung. Intereſſe der Lehre von der Zurechnung im Privatrecht. (63 — 64.)

§. 14. Das Aquiliſche Geſetz erfordert bloß allgemeine Zurechnung, wo eine beſondere Zurechnung zur Widerrechtlichkeit erfordert wird, da iſt kein damnum iniuriae vorhanden: L. 44. pr. D. ad L. Aquil. §. 3. I. eod. u. L. 30. §. 3. D. eod. werden erläutert. (64 — 67.)

§. 15. Die bei der Aquilia alles jemals Imputable umfaſſende Zurechnung ging nur auf einen Fleiß, wie man ihn gemeinhin unter fleißigen Menſchen findet; an Auszeichnung iſt nicht zu denken: L. 31. L. 52. §. 4. D. ad L. Aqu. §. 8. I. eod. L. 1. §. 5. D. si quadrup. (67 — 72.)

Drittes Capitel. Von dolus, culpa lata und culpa levis.

§. 16. Größere Schwierigkeit der Lehre von der culpa im Obligationenrecht. — Grade der culpa überhaupt. (73.)

§. 17. Mehrere Bedeutungen des Wortes dolus. Unterſchied von culpa lata: in der Regel wiſſentliches Schaden. Irrthum, daß dieß auch zum Begriff der culpa lata gehöre. (73 — 75.)

§. 18. Löhr's irrige Diſtinction, dolus gehe bloß auf animus lucri faciendi, alles übrige wiſſentliche Schaden bei culpa lata wird widerlegt. Pauli rec. sent. L. II. tit. 31. §. 1. L. 14. §. 34. D. do furtis. L. 50. §. 4. eod. werden erwogen. (75 — 79.)

§. 19. Eben ſo wenig gegründet iſt die Unterſcheidung, daß dolus culpa in faciendo, culpa lata culpa in non faciendo bedeute. L. 7. D. ad L. Cornel. d. sic. wird interpretirt, und auch L. 2. C. si tutor vel cur. in dieſer Hinſicht erwogen. (79 — 82.)

§. 20. Man muß zwiſchen Kenntniß des gewiſſen ſchädlichen Erfolgs und Kenntniß der drohenden Gefahr unterſcheiden; nur jene führt animus nocendi und dolus i. e. S. mit ſich. So iſt auch L. 29. D. mand. zu erledigen. (82 — 84.)

§. 21. Begriff von culpa lata. Merkmal derſelben: Vorwand nicht zu wiſſen was alle wiſſen: L. 213. §. ult. L. 223. D. de V. S. Nähere Entwickelung. (84 — 87.)

§. 22. Jede culpa lata iſt fraus und dolus im weiteren Sinne dieſes letzteren Wortes. Eine leichte Schuld kann als culpa in concreto der groben gleich werden. (87 — 88.)

§. 23. Keine culpa lata hat mit einem dolus praesumtus zu thun. (88 — 90.)

§. 24. Die culpa levis iſt der letzte Grad der Imputation, und es gibt keinen über ſie hinaus. Nachleſe für den Beweis dieſes Satzes. Poſitives Argument von dem hergenommen, was in Cap. 2. §. 14.

und 15 über die Zurechnung bei der Aquilia gesagt worden. Man stellte sich bisher die diligentia diligentis patrisfamilias zu gering vor, nicht so die Römer: L. 25. D. de probat. wird erläutert. (90 — 96.)

§. 25. Man denke nicht an eine logische Nothwendigkeit, daß es so und so viel Grade der culpa geben müsse, und verwechsle nicht Extreme mit Graden. (96 — 98.)

§. 26. Auch bei obligationes kann so wenig wie bei der L. Aqu. Auszeichnung verlangt werden. Die Römer verlangten sie nie, vielmehr erhellt das Gegentheil aus L. 137. §. 2. 3. D. de V. O. Für Auszeichnung läßt sich auch kein Maaßstab, wohl aber für den gewöhnlichen Fleiß tüchtiger Männer finden. (98 — 104.)

Viertes Capitel. Ueber den Werth der Eintheilung der Culpa in culpa in faciendo und non faciendo.

§. 27. Diese Unterscheidung fällt nicht mit der zwischen Handlungen, welche auch die Lex Aquil. angehen und solchen, welche ohne diese zu berühren, bloß die obligatio verletzen, zusammen, denn es gibt mancherlei positive Handlungen, welche das Letztere thun ohne das Erstere. In einem der Lex Aquilia analogen Sinn sind alle Handlungen, welche einem Contractsverhältniß widerstreiten, positive Rechtsverletzungen: L. 17. §. 3. commod. wird verglichen; auf allen Fall ist das Leihen falscher Maaße: L. 18. §. 3. eod. L. 18. §. 3. de dolo malo eine positive, zuweilen contractswidrige Handlung, so auch bedeutende Versehen des agrimensor sind rechtswidrig; dennoch wird in allen diesen Fällen niemand an die actio L. A. denken. (105 — 109.)

§. 28. Des Donellus Ideen hierüber. (110 — 111.)

§. 29. Die Analogie der Lex Aquilia führt gerade auf Gleichheit der culpa in faciendo und non faciendo. (112.)

§. 30. Nach der Natur der Sache sind sie in Hinsicht ihrer Sträflichkeit und also ihrer rechtlichen Folgen gleich. Würdigung der Donell'schen Argumente für das Gegentheil. (112 — 115.)

§. 31. An einzelnen Beispielen wird das Gleichgewicht beider Arten der culpa gezeigt. (115 — 117.)

§. 32. Die einzige mögliche Aushülfe, die culpa in faciendo auf ganz neue Unternehmungen zu beschränken, ist sprachwidrig und dennoch vergeblich. (117 — 119.)

§. 33. Wird diese Distinction zum Grunde gelegt, so ist die Terminologie der Römer hier nicht natürlich zu erklären. (120.)

§. 34. Die dafür angeführten Gesetze unterstützen die Unterscheidung in

dieſem Sinne und zu dieſem Zwecke gar nicht: L. 91. pr. D. de V. O. L. 1. pr. D. de tutel. et rat. distr. L. 13. §. 2. D. de usufr. werden beleuchtet. Einen indirecten Gegenbeweis enthält L. 11. C. mand. (120 — 125.)

Fünftes Capitel. Von dem Unterſchied der Aquiliſchen und der auf einer vorhergehenden obligatio beruhenden culpa; von der culpa in concreto und dem wahren Verhältniß der diligentia diligentis patrisfamilias und der diligentia quam quis suis rebus adhibere solet, zum dolus, zur culpa lata und zur culpa außerhalb des dolus überhaupt.

§. 35. Die Illegalität (culpa s. l.) bei obligationes hat eigentlich durchweg einen negativen Charakter, daher iſt culpa (s. str.) hier negligentia in einem vorzüglichen Sinn; folglich muß der Geſichtspunkt hier und bei der Aquilia immer verſchieden ſein, und es müſſen die beiden iudicia ſtets als unabhängig betrachtet werden, ſelbſt da, wo ſie in einer Thatſache zuſammentreffen. Nur indirect können ſie auf einander Einfluß haben. (126 — 128.)

§. 36. Wo bei der obligatio nur dolus zu präſtiren iſt, da geht die aquiliſche culpa außer dolus die Contractsklage nichts an, iſt aber darum nicht weniger culpa mit Rückſicht auf die Aquilia. (128 — 129.)

§. 37. Eine obligatio dagegen, welche culpa außer dolus im Allgemeinen zuläßt, muß auch vermöge eines natürlichen, die Selbſtſtändigkeit beider iudicia nicht antaſtenden Schluſſes, die aquiliſche culpa immer in ihrer vollen Ausdehnung aufnehmen. Eine Beweisſtelle für dieſe Anſicht: L. 10. pr. D. comm. divid. wird erläutert. (130 — 133.)

§. 38. Die außeraquiliſche culpa hingegen, ſie mag im Thun oder Nichtthun beſtehen, hängt ganz von der obligatio ab, und heißt eben deswegen Befliſſenheit und diligentia im vorzüglichen Sinn, da dieſe ganze Verpflichtung, ſich zu befleißigen, erſt beſonders aus dem Contract hervorging. Diligentia ohne Zuſatz bedeutet den höchſten Grad dieſer Befliſſenheit. (133 — 135.)

§. 39. Nur die wenigen Contracte, welche bloß dolus zulaſſen, wiſſen nichts von Befliſſenheit und ihrem Gegentheil; ziehen ſie dieſes herüber, ſo iſt es nur wegen der darin liegenden argen Geſinnung. Die vielen Contracte dagegen, welche culpa außer dolus zulaſſen, nehmen einmal die aquiliſche culpa abſolut, ſodann aber die außeraquiliſche culpa im Verhältniß zu der von der obligatio erforderten beſondern Befliſſenheit auf; und zwar wird dieſe bald unbedingt, bald als

diligentia quam suis etc. erfordert. Iſt das letztere, ſo iſt Alles, was nicht gegen dieſe iſt, auch gar nicht culpa, was ihr aber widerſtreitet, ſchon widerrechtlich ohne Rückſicht auf die darin liegende Argliſt. Unterſchied der Begriffe culpa und negligentia. (135 — 138.)

§. 40. Nähere Entwickelung des Weſens der culpa in concreto oder der negligentia suis rebus non consueta. Grund, weswegen eine unredliche Geringſchätzung fremder Sachen darin liege. Charakteriſtiſche Kennzeichen derſelben. (138 — 143.)

§. 41. Kann die Verbindlichkeit zur diligentia quam suis etc. jemals eine Verpflichtung zur Auszeichnung von dem Fleiße tüchtiger Männer überhaupt mit ſich führen? Dies iſt zu verneinen. Gründe aus der Natur der Sache. Die Römer ſtellen daher immer die Verbindlichkeit zur diligentia quam suis etc. im Verhältniß zur diligentia diligentis etc. als geringer dar, und ſprechen daher nie bei der Aquilia von einer culpa in concreto. Die dem erſten Anſcheine nach davon redende L. 39. D. ad L. Aquil. wird erklärt. (143 — 148.)

§. 42. Reſultate. (148.)

§. 43. Werden dolus und culpa außer einander geſtellt, ſo iſt culpa lata unter dem erſteren Wort begriffen. Dieſer Sprachgebrauch iſt unbedingt. (148 — 149.)

§. 44. Fernere Terminologie, ſo wie Donell ſie beſtimmt: 1) culpa zwiſchen dolus und diligentia geſtellt, heiße culpa in faciendo; 2) diligentia diligentis etc., heiße culpa levis, diligentia quam suis etc., culpa lata in non faciendo. (149 — 150.)

§. 45. Einwendungen gegen No. 1. Der Einwand, den Donell ſich ſelbſt macht, daß culpa in faciendo doch auch culpa ſei, iſt unbedeutend. (150 — 151.)

§. 46. Es fragt ſich nur, war dies herrſchender Sprachgebrauch bei den Römern? Es wird gezeigt, daß L. 68. pr. D. de contr. emt. und L. 72. D. pro soc. nebſt §. ult. J. de societ. damit nicht zu vereinigen ſind. (151 — 154.)

§. 47. Eben ſo wenig verträgt ſich L. 18. pr. D. commod. damit, oder (154 — 157.)

§. 48. L. 47. §. 4. 5. de legat. I.; am wenigſten L. 13. §. 1. L. 14. D. de pign. act. (157 — 161.)

§. 49. Einwendungen gegen No. 2. in §. 44. Die diligentia quam suis etc. iſt nach L. 72. D. pro soc. und §. ult. I. eod. Beſtandtheil der culpa außer dolus. In Fällen, da offenbar nur von omissio

diligentiae quam suis die Rede ſein kann, ſoll doch culpa außer dolus präſtiret werden: L. 52. §. 1. 2. 3. 11. D. pro socio. (161 — 165.)

§. 50. Fortſetzung: L. 39. §. 7. L. 57. pr. D. de admin. tut. L. 23. C. eod. Die omissio dilig. q. s. wird ſogar culpa levis genannt: L. 7. C. arbitr. tut. (165 — 167.)

§. 51. In Fällen der d. q. s. wird zuweilen geſagt, es dürfe gar keine culpa vorhanden ſein; L. 52. pro socio cit. und L. 18. in f. D. solut. matrim. Endlich wird in ſolchen Fällen zuweilen die Verbindlichkeit bis an den casus hinangerückt. (168 — 169.)

§. 52. Die Schwierigkeiten zu heben, wird eine ganz andere Behandlung der Sache nothwendig. Syſtem der Römer: Sie theilten die culpa nach dem Geſichtspunkt ein, den wir durch das Beiwort in abstracto bezeichnen, in culpa lata und culpa levis, und dieſe Eintheilung liegt ihrer Präſtationslehre immer zum Grunde. Ob die culpa lata auch zugleich culpa in concreto ſei, iſt allemal gleichgültig, nur ob die culpa levis es ſei, iſt bei einigen Contracten und in einzelnen Fällen von Belang, bald weil ſie dann der culpa lata gleich ſteht, bald weil der gewöhnlich Nachläſſige durch angewandte d. q. s. entſchuldigt wird. Der Römer nennt ſie nie ſchlechthin culpa lata, ſtellt ſie aber bei den Contr., die dolus erfordern, derſelben gleich: hier iſt es denn aber auch bei der Aquiliſchen culpa von Wichtigkeit. (169 — 171.)

§. 53. Dagegen iſt dies bei Contr., die im Allgemeinen culpa levis anerkennen, beides gleichgültig, einen einzigen Punkt ausgenommen. (171 — 172.)

§. 54. Wird eine Art der diligentia der culpa außer dolus entgegengeſtellt, ſo wird jene von dieſer als species von ihrem genus unterſchieden. Keine diligentia liegt in dieſen Redensarten außerhalb der culpa als verſchiedene species, wie auch die Wahl der Worte ſelbſt beweiſt. (172 — 175.)

§. 55. Die §. 48 und 46 angeführten L. 13. §. 1. L. 14. D. de pign. act. und L. 68. pr. D. de contrah. emt. zeigen dies deutlich, und ſo ſind denn auch die übrigen Stellen der Art zu erklären, z. B. L. 19. C. de pignor. L. 1. §. 35. D. depos. wenn ſie auch für ſich allein betrachtet eine andere Auslegung zulaſſen ſollten. (175 — 177.)

§. 56. Culpa außer dolus iſt der Gattungsbegriff, welcher die Aquiliſche

culpa immer ganz, von der außeraquiliſchen aber bald nur die d. q. s., bald auch die d. d. umfaßt. (177.)

§. 57. Bei den Contracten, die im Allgemeinen culpa außer dolus aufnehmen, ſtreitet in casu concreto die Präſumtion gegen die d. q. s., wo nur dolus zuzulaſſen, iſt es gerade umgekehrt. (177 — 180.)

§. 58. Daher erklärt es ſich, daß in Fällen der d. q. s. die Präſtation bis zum casus angenommen wird. (181 — 185.)

§. 59. Bei der Claſſification der Contracte laſſen ſich keine drei Grade der culpa, wohl aber drei Grade der Präſtation annehmen; und eigentlich gibt es hiernach drei Claſſen des Contracts. Die Römer pflegen aber nur zwei zu machen, und erſt bei jedem einzelnen Contract der zweiten Claſſe zu bemerken, ob ſich die culpa außer dolus bei ihm bloß auf d. q. s. oder auf d. d. erſtrecke. (185 — 187.)

§. 60. Culpa lata und culpa in concreto ſind nicht durchaus und in allen Fällen auf gleichen Fuß zu ſtellen. (187 — 189.)

§. 61. Fortſetzung: L. 41. D. de administr. tut. L. 5. §. 7. eod. L. 72. §. 3. D. de condit. (189 — 191.)

§. 62. Fortſetzung: L. 18. §. 1. D. solut. matrim. wird interpretirt. (191 — 194.)

Sechstes Capitel. Erklärung einiger der ſchwierigſten Geſetzſtellen.

§. 63. L. 32. depositi. L. 22. §. 3. ad Sct. Trebell. (195 — 209.)

§. 64. L. 226. de V. S. L. 5. §. 2—5. §. 9. 10. 13. 15. commod. L. 10. 11. 18. eod. L. 17. §. 2. D. de praescript. verb. (209 — 224.)

§. 65. L. 23. de R. I. (224 — 229.)

§. 66. L. 54. §. 1. 2. D. de A. R. D. L. 12. §. ult. L. 13. D. de liberali causa (229 — 232.)

§. 67. L. 18. §. 4. D. de damn. inf. L. 13. §. 6. L. 24. §. 3. eod. L. 16. D. de condict. furt. (232 — 237.)

§. 68. L. 1. §. 1. D. si mensor fals. mod. dix. (237 — 240.)

Siebentes Capitel. Von einigen Contracten, welche d. q. s. erfordern.

§. 69. Societas — Worüber und mit welchen Gründen ward bei dieſem Contract über die praestatio culpae geſtritten? L. 23. pr. D. pro socio wird erläutert. (241 — 249.)

§. 70. Rerum communio. L. 25. §. 16. 18. D. fam. hercisc. und L. 16. §. 4. D. eod. werden erklärt. (250 — 253.)

§. 71. Tutela. Culpa levis, aber nur d. q. s. wird präſtirt. Der aus

L. 33. pr. D. de admin. tut. und L. 10. de eod. ſich ergebende Einwand wird gehoben. (253 — 257.)

§. 72. Fortſetzung. Die Hauptſchwierigkeit, daß die Erben überhaupt und auch in Fällen einer außeraquiliſchen culpa weniger als der tutor, und zwar nur culpa lata zu leiſten haben, wird gelöst, und L. 4. de magistr. conv., L. 1. C. de heredib. tut. L. 39. §. 6. D. de administr. tut. L. 8. pr. D. de fideiuss. tut. werden interpretirt. (257 — 262.)

§. 73. Fortſetzung. Daß der tutor ſelbſt nur für culpa lata hafte, läßt ſich nicht aus L. 7. §. 2. D. de adm. tut. L. 2. C. arbitr. tut. L. 2. C. si tut. v. cur. non gess., welche hier erklärt werden, erweiſen. Der wahre Sinn der L. 20. C. de negot. gest. wird entwickelt und gezeigt, daß ſie über dieſen Punkt gar nichts relevire. (263 — 270.)

§. 74. Fortſetzung. Die Nothwendigkeit der in §. 57. behaupteten Präſumtionen wird hier am Beiſpiele der Tutela gezeigt. (270 — 276.)

§. 75. Fortſetzung. Urſache, warum die Erben des tutor zu einer geringeren Präſtation angeſetzt waren. Die beiden in L. 1. C. de heredib. tut. vorkommenden Ausnahmen werden noch näher entwickelt. L. 25. §. 11. de hered. petit. wird herbeigezogen, und L. 8. §. 1. D. de fideiuss. tut. ausgelegt. (276 — 280.)

Achtes Capitel. Ueber periculum und custodia.

§. 76. Grundbedeutung des Wortes custodia. Davon abgeleitete Bedeutungen des gemeinen Lebens. Bedeutung in der Lehre von der culpa. Alle custodia iſt beſondere Befliſſenheit, daher denn das Wort ſo wenig wie diligentia bei der L. Aquil. vorkommt. Engere juriſtiſche Bedeutung, Verhältniß zur culpa außer dolus. Verhältniß zur diligentia. (281 — 286.)

§. 77. Schwankender Begriff von periculum, der ſich nach Verſchiedenheit des Zuſammenhanges anders geſtaltet, ohne daß ſich ein eigentlich ſpecieller Sinn bildet, wenn nicht etwa der ausdrückliche Gegenſatz mit culpa oder custodia ihn hervorbringt. Der ſpecielle Zuſammenhang muß zunächſt entſcheiden. Omne periculum ſchließt periculum casus ein, wie culpa omnis ſtets die diligentia s. str. Ferner entſcheidet die Materie. (287 — 290.)

§. 78. Periculum ſchließt zuweilen nur einen Theil des casus ein, und hier ſteht zuweilen ſogar custodia, ſo wie periculum custodiae dafür. (290 — 292.)

Neuntes Capitel. Von der praestatio culpae bei dem Verkaufe.

§. 79. L. 35. §. 4. D. de contr. emt. L. 11. D. de peric. et comm. r. v. L. 54 D. de act. emt. L. 3. D. de peric. r. v. L. 36. de act. emt. L. 18. §. 7 — 9. de damn. inf. L. 38. pr. D. eod. L. 13. §. 16. D. de act. emt. L. 68. pr. de contr. emt. L. 31. §. 9. 11. 12. 14. 15. D. de Aedil. Edict. werden im Zusammenhang dargestellt und erläutert. (293 — 300.)

§. 80. Resultate. (300 — 302.)

Zehntes Capitel. Von der Verantwortlichkeit wegen einer entwandten Sache, und der desfalls dem Verantwortlichen zustehenden actio furti.

§. 81. Actio furti des Eigenthümers: L. 80. pr. §. 1. L. 82. §. 1. D. de furtis werden erklärt. (303 — 306.)

§. 82. Mit dem dominus concurrirende Personen. Andere schließen ihn aus. Allgemeine Erfordernisse. Der venditor hat ante traditionem immer die actio furti. L. 14. pr. D. d. furt. u. L. 31. D. de hered. v. act. vend. werden entwickelt und sowohl unter sich als mit L. 35. §. 4. D. de contr. emt. vereinigt. Der, welcher ex stipulatu eine Sache zu fordern hat, kann die Klage nur anstellen. (306 — 314).

§. 83. Nur derjenige detinens kann die actio furti haben, der wegen culpa bei dem Diebstahl in Anspruch zu nehmen ist, den Fall des exercitor navis etc. u. w. i. gl. ausgenommen. Die verschiedenen Ausdrücke, welche dieß andeuten, werden beurtheilt. — Wer nur diligentia quam suis prästirt, hat die Klage so wenig, als wer bloß culpa lata prästirt: L. 85. D. de furtis u. w. d. g. wird entwickelt. Gründe, weßhalb der negotiorum gestor, der protutor und der tutor, welcher diligentia zu prästiren hatte, die Klage nicht anstellen konnten. — War der detinens insolvent oder war die Sache aus der Erbschaft desselben gestohlen, so kehrte die Klage zu dem dominus zurück. (314 — 319.)

§. 84. Die Behauptung, daß gar nicht zwischen Diebstahl mit, und Diebstahl ohne Schuld zu unterscheiden sei, ist irrig. Die ganze Untersuchung ist factisch, und läßt sich durch kein Gesetz entscheiden, wenn dieses nicht durchgreifen und die Frage selbst niederschlagen will. So nicht die Römer. (319 — 322.)

§. 85. Das selbstständige Recht des Creditor pignoratitius, weßhalb er die Klage anstellen kann, ist mit seiner Befugniß dazu wegen custodia nicht zu verwechseln. (322 — 323.)

§. 86. Der Ausdruck periculum kann hier für die gegentheilige Meinung nichts entscheiden. — Vergleichung mit dem caupo etc. L. 14. §. 17. D. de furtis, u. L. 3. §. 1. D. nautae caup. werden erläutert. — Ueber die Ausdrücke: perdere, amittere in L. 5. u. 8. C. de pign. act. (323 — 326.)

§. 87. Löhr's Behauptung, daß nach der Meinung von Gajus, Ulpianus und der Institutionen der Verkäufer für keine custodia hafte, wird widerlegt. L. 31. pr. D. de act. emt. vend. kann dies so wenig als die oben erklärte L. 21. D. de hered. v. act. vend. beweisen. Mehrere Irrthümer, worauf sie sich stützen muß: a) es sei etwas Besonderes beim Sklaven, daß bei diesem die Verbindlichkeit nicht auf custodia gehe, und folglich beim servus subreptus sowohl, als bei dem, qui fugit, eine besonders geeignete culpa zu prästiren sei: L. 21. D. de R. V. L. 36. §. 1. eod. u. L. 5. §. 6. D. commod. werden erwogen. (326 — 333.)

§. 88. b) Custodia und diligentia wären nicht bloß im Begriff verschiedene species derselben praestatio, sondern auch in Hinsicht der Verpflichtung, und es könne bei der einen dieser, bei der andern jener Grad der Prästation Statt finden. L. 9. §. 3. D. de iure dot. beweist dieß nicht. Auch beim Mandat so gut wie bei der negot. gestio wird custodia, sobald sie einen Gegenstand hat, prästirt: Unterschied der beim depositum vorkommenden custodia, von dem ausdrücklichen oder stillschweigenden mandatum custodiae: L. 1. pr. u. §. 12. D. depos. Was heißt omnis diligentia? Verwickelte Zusammensetzung des Löhr'schen Prästations-Systems nach seinen Voraussetzungen. (333 — 338.)

§. 89. c) Daß diligentia boni patrisfam. einen andern Sinn habe, als diligent. diligentis pf. L. 32. D. de condit. u. L. 22. D. de manumiss. testam. können dieß am wenigsten beweisen. L. 35. §. 4. D. de contr. emt. beweist das Gegentheil. Der von Löhr sich selbst gemachte Einwand aus §. 38. I. de R. D. u. L. 9. §. 2. D. de usufr. wird durch eine kurze Entwickelung der praestatio culpae beim ususfructus als gegen ihn entscheidend befestigt. (338—342.)

§. 90. Endlich können auch die aus dem tit. P. de peric. et comm. r. v. von Löhr angeführten Fragmente die Uneinigkeit der röm. Juristen über praestatio custodiae beim venditor nicht beweisen; vielmehr erhellt aus denselben das Gegentheil, wie durch eine Entwickelung derselben im Zusammenhang des ganzen Titels gezeigt wird. (342 — 350.)

§. 91. Wahres Verhältniß des bisherigen detinens, welcher die actio furti anstellen kann, zum fur und zum dominus: L. 90. D. de furtis. Die Gerechtsame des creditor pignoratitius in dieser Hinsicht werden vollständig auseinandergestellt: L. 12. §. 2. L. 14. §. 5—7. L. 15. pr. L. 46. §. 1—5. L. 87. D. de furtis. L. 22. pr. D. de pignor. act. werden erläutert. (350 — 358.)

Eilftes Capitel. Kurze Uebersicht der praestatio culpae bei den hauptsächlichsten Contracten.

§. 92. Einleitung. (359 — 360.)

§. 93. Beim Mandat ist culpa omnis zu prästiren: L. 11. 13. 21. C. mand. die in L. 8. §. ult. L. 10. L. 29. D. eod. liegenden Schwierigkeiten werden gehoben, und mit der letzteren L. 6. §. 8. 9. D. de act. emt. verglichen. (360 — 366.)

§. 94. Weshalb? Donell's Erklärung wird beurtheilt, und eine neue versucht, und durch L. 21. C. cit. begründet. (366 — 370.)

§. 95. Systematische Uebersicht. (370 — 377.)

§. 96. Hinzuzufügende Bemerkungen. 1) precarium. 2) pactum adiectum. 3) aestimatio. 4) mora. 5) stricti iuris negotia. 6) contractus innominatus. (378 —383.)

§. 97. Vergleichung des Systems in den Institutionen mit dem vorgetragenen unter Zuziehung des Theophilus. Tit. 15. (14.) I. lib. 3. (383 — 389.)

§. 98. §. 3. I. de emt. vend. (389 — 392.)

§. 99. §. penult. I. de locat. §. ult. I. de societ. §. 1. I. de o. q. q. e. c. Ueber die Worte: si modo alius diligentior etc. (393—396.)

§. 99. b. §. 16. I. de o. q. e. d. προθεσμια des Theophilus bei §. 13. I. eod. (396 — 399.)

Zwölftes Capitel. Einzelne Erörterungen und Reflexionen.

I. Willkühr des Richters, wenn es auf Imputation ankommt. Erklärung der L. 61. §. 6. de furtis. (400 — 404.)

II. Präsumtionen in dieser Materie. Insbesondere jetzt von der Präsumtion; 1) wenn vom damno iniuriae ab extraneo dato die Rede ist: L. 19. D. commod. L. 40. L. 41. D. locat. 2) wenn ein vom obligatus Beauftragter oder sein Dienstbote Schaden verschuldet; L. 24. §. 7. locat. L. 20. §. ult. de praescr. verb. L. 10. §. 1. L. 11. commod. werden erläutert. L. 5. §. 13. comm. L. 23. §. 1. pro soc. L. 11. pr. locat. — L. 11. de peric. r. v. wird erwogen. L. 3. D. de offic. praef. vigil. L. 30. §. 4. locat. (404 — 413.)

III. Noch ein paar Worte über den Ausdruck: si alius diligentior in §. 1. i. f. I. de o. q. q e. c. §. 2. I. q. m. r. c. o. L. 1. §. 4. D. de O. et A. Damit verglichen werden ähnliche Ausdrücke in §. 8. I. de L. Aquil. u. L. 1. §. 5. D. si quadrupes, und in Hinsicht der Auslegung Anderer die ersten Worte in L. 52. §. 3. D. pro socio. (413 — 414.)

IV. Noch ein durchgreifender Beweis gegen die dreifache Eintheilung der culpa. (414.)

V. Was ist davon zu halten, wenn in den Gesetzen, und vorzüglich wenn in einem Vertrage nur unbestimmt gesagt ist, es solle dolus und culpa prästirt werden, ohne einer Art der diligentia besonders zu erwähnen. (415.)

VI. Allgemeine Vergleichung des deutschen mit dem römischen Recht in dieser Lehre. (416 — 417.)

VII. Zum casus wird im Criminalrecht nach römischem Sprachgebrauch jede culpa außerhalb des animus nocendi gerechnet. Wie kommt dieß?

VIII. Ob mit der Bemerkung, daß die römischen Juristen sich in ihren Meinungen über culpa entzweit, oder der andern, daß der Sprachgebrauch sich von Zeit zu Zeit verändert, uns hier viel gedient sei? (418—420.)

IX. Ueber das periculum bei der dos. (420 — 453.)

Anhang I.

Abweichende Meinungen Anderer, besonders des Cujacius über die von den Erben des Vormunds zu prästirende culpa. (454 — 467.)

Anhang II.

1) System des Jac. Gothofredus. (467 — 475.)

2) System des H. Coccejus. (475 — 503.)

Anhang III.

Recension von Le Brun, essai sur la prestation de fautes. Paris, 1813. 8. (504 — 553.)

Anhang IV.

Ueber die Classification der Contracte in Beziehung auf Culpa, vom Herausgeber. (553 — 579.)

Quellenregister.

Quellen-Register.

Die Stellen, denen ein Sternchen beigefügt ist, sind in dem Buch erklärt oder kritisch berichtigt. Die eingeklammerten Zahlen gehen auf die Seiten.

I. Quellen des römischen Rechts.

A. Vorjustinianische.

Cato de R. R. c. 136. (162)
Cicero in Verrem II. cap. 17. (9)
„ Brutus c. 34. (61)
„ epistolae ad Attic. lib. 9. ep. 2. (9)
„ de Univ. (ed. Ernesti no. 13.) (49)
„ de amicitia (49)
Horat. Satyr. II. 2. v. 123. (8)
Ovid. Trist. I. 2. v. 98. (49)
Seneca, Oedip. X. 19. (9)
Gaius, Institutiones:
Lib. 3. §. 149. fin. (163)
„ 3. §. 197. 202. (78)
Gaius, Institutiones:
Lib. 3. §. 206. 207. (223)
„ 3. §. 215 seq. (62)
Paul. recept. sententiae:
Lib. II. tit. 4. §. 3. (217. 221)
* „ II. tit. 31. §. 31. (76)
„ V. tit. 6. §. 10. (378)
Collatio leg. Mosaic.
tit. 2. §. 5. (44. 47)
tit. 10. §. 9. (289. 421)
Papian. respons.
tit. 14. (217)
Nonius Marcellus I. 339. (162)

B. Justinianische.

1. Institutionen.

Prooem. §. 2. (25)
Lib. 1. tit. 23. de curat. §. 5. 6. (255)
Lib. 1. tit. 24. de satisdat. tut. §. 1. 2. (267)
Lib. 1. tit. 26. de suspect. tut.
* §. 5. (273)
Lib. 2. tit. 1. de R. D.
§. 38. (339. 340)

Lib. 2. tit. 20. de legat.
§. 16. (376)
Lib. 3. tit. 15. quib. mod. r. c. o.
§. 1. (127. 393)
* §. 2. (5. 110. 376. 413)
§. 3. (286. 372) in fin. (242. 246)
§. 4. ult. (159. 286. 393)
Lib. 3. tit. 24. de emtione.
* §. 3. (298. 302. 333. 350. 375. 389)
Lib. 3. tit. 25. de location.
§. penult. (374. 393)
Lib. 3. tit. 26. de societat.
§. 3. (198)
* §. ult. (153. 158. 161. 198. 241. 242. 394. 398)
Lib. 3. tit. 28. de obl. q. quasi e. c.
* §. 1. (393. 394. 413)
Lib. 4. tit. 1. de obl. q. e. d. n.
§. 6. 7. (110)
§. 11. (36)
§. 16. (376. 397)
§. 17. (129. 372)
Lib. 4. tit. 3. de leg. Aquil.
* §. 1. (59)
* §. 2. (41)
Lib. 4. tit. 3. de leg. Aquil.
§. 3. (67. 80)
§. 7. (51)
* §. 8. (71. 414)
§. 11. (33)
* §. 13. (60) (27)
§. 14. (80)
* §. 16. ult. (27. 37)
Lib. 4. tit. 4. de iniuriis.
* pr. (43)
Lib. 4. tit. 8. de noxal. act.
§. 4. (20)
§. 7. in fin. (14)
Lib. 4. tit. 17. de offic. iud.
§. 2. (375)
Theophilus
„ lib. 1. tit. 24. pr. (272)
„ in §. 5. de suspectis tut. (273)
„ lib. 2. tit. 1. d. R. D. §. 38. (340)
„ in §. 13. de obl. quae ex del. (397)
„ in §. 2. de leg. Aquil. (41)
„ in §. 13. de leg. Aquil. (60)
„ in pr. de iniuriis. (43)

2. Pandekten.

Lib. 1. tit. 6. de his, qui sui
l. 2. (429)
Lib. 1. tit. 15. de offic. praef. vig.
* l. 3. (412)
Lib. 1. tit. 16. de offic. proconsul.
l. 6. (282)
Lib. 2. tit. 12. de feriis
l. penult. (282)
Lib. 2. tit. 13. de edendo
l. 10. in fin. (36)
Lib. 2. tit. 14. de pactis
* l. 1. (364)
l. 3. (160)
l. 7. §. 2. (74)
l. 7. §. 15. (187. 290. 379. 422)
l. 11. (377)
l. 27. §. 2. (449)
Lib. 2. tit. 14. de pactis.
* l. 27. §. 3. (187. 188. 379. 380)
l. 38. (440)
Lib. 3. tit. 3. de procuratoribus.
l. 46. §. 3. in fin. (44)
Lib. 3. tit. 5 de negot. gestis.
l. 3. §. 2. (371)
l. 6. §. 12. (95. 371)
l. 11. (371)
l. 21. §. 3 (370)
* l. 21. §. ult. (411)
l. 32. (370)
Lib. 3. tit. 6. de calumniat.
* l. 5. in fin. (32)
Lib. 4. tit. 3. de dolo malo.
* l. 1. §. 1. (60)
l. 1. §. 2. in fin. (26. 74)

Lib. 4. tit. 3. de dolo malo.
l. 7. §. 5. (245)
* l. 7. §. 7. (37. 328)
* l. 18. §. 3. (108)
l. 18. §. 4. (26)
l. 18. §. ult. (26)
Lib. 4. tit. 4. de minorib.
* l. 9. §. 2. (24)
* l. 9. §. 3. (10)
Lib. 4. tit. 6. ex quib. caus. mai.
l. 1. §. unic. (60)
Lib. 4. tit. 9. nautae caup.
l. 1. §. ult. (292)
l. 3. pr. (292)
* l. 3. §. 1 in fin. (291. 292. 324)
l. 4. pr. (292)
l. 5. pr. (292)
l. 5. §. unic. (291)
Lib. 5. tit. 1. de iudic.
l. 15. §. 1. (75)
Lib. 5 tit. 3. de hered. petit.
l. 19. pr. (420. 421)
* l. 25. §. 11. (278)
Lib. 6. tit. 1. de R. V.
l. 15. §. 3. (376)
l. 16. §. 1. (375. 412)
l. 21. (332)
l. 27. §. 2. (376)
l. 33. (375)
l. 36. §. 1. (375. 332)
l. 45. (332. 375. 376)
l. 51. (375)
l. 62. §. 1. (376)
l. 63. (375)
Lib. 7. tit. 1. de usufructu.
* l. 9. § 2. (339. 340.)
l. 12. §. 5. (304)
* l. 13. §. 2. (21. 25. 122. 130. 339)
* l. 65. (341)
Lib. 7. tit 9. usufr. quemadm. caveat.
* l. 1. fin. (284)
l. 1. §. 3. (341. 342)
l. 1. §. ult. (340)
l 2. (284. 341)
Lib. 8. tit. 1. de servitut.
l 15. pr. (29)
Lib. 8. tit. 2. de serv. praed. urb.
l. 9. (29)
l. 18. (38)
Lib. 8. tit. 5. si servit. vindic.
l. 8. §. 5. 6. (29)
Lib. 9. tit. 1. si quadrupes paup.
* l. 1. §. 5. (71. 414)
l. 1. §. 7. (30)
l. 1. (20)
l. ult. (20)
Lib. 9. tit. 2. ad leg. Aquil.
* l. 1. (17)
* l. 1. §. 1. (61)
l. 1. §. 3. (80)
l. 2. §. 1. (53)
l. 3. pr. (58)
* l. 4. (58)
l. 5. pr. (41)
* l. 5. §. 1. (39. 45. 46. 64. 174)
* l. 5. §. 2. (49)
l. 7. §. 3. 4. (42)
l. 7. §. 6. (22. 30)
* l. 8. pr. (22)
l. 8. §. 1. (51)
l. 8. (113)
l. 9. §. 2. (24)
* l. 11. pr. (51)
l. 11. §. 1. (30)
l. 11. §. 10. (25)
l. 12. (25)
* l. 13. pr. (28. 56)
l. 17. §. 1. (245)
l. 23. §. 9. (33)
l. 27. §. 4. (58)
* l. 27. §. 5. (59)
l. 27. §. 9. (21. 29. 32. 67. 283)
l. 27. §. 10. (29)
l. 27. §. 11. (14. 32)
l. 27. §. 14. (32. 33. 245)
l. 27. §. 16. (57)
l. 27. §. 17. (12)
l. 27. §. 20. (24)
l. 27. §. 21. (25. 32. 36)
l. 27. §. 25. (35)
* l. 27. §. 26. (34)
l. 27. §. 27. (35)
l. 27. §. 28. (12)
l. 27. §. 29. (130. 287. 422)
l. 27. §. 30. (428)
l. 27. §. 35. (32)
l. 29. §. 2. 3. (14)
* l. 29. §. 4. (50)
* l. 30. §. 2. (23. 31)

Lib. 9. tit. 2. ad leg. Aquil.
* l. 30. §. 3. (22. 29. 30. 31. 67. 80)
* l. 31. (29. 51. 55. 68. 80. 283)
* l. 33. §. 1. (27)
l. 34. 35. (245)
l. 37. pr. (48)
l. 39. §. 1. (342)
* l. 39. (147. 179)
l. 41. §. 1. (35)
l. 42. (35)
l. 43. (245)
l. 44. pr. (65. 96. 97)
l. 45. pr. (18)
* l. 45. §. 4. (48)
l. 49. pr. (30)
l. 49. §. 1. (27)
l. 51. (19)
l. 51. pr. (30)
* l. 52. §. 1. (50)
* l. 52. §. 4. (70)
l. 53. (25)
l. 54. i. f. (48)
l. 56. (427)
Lib. 9. tit. 3. de his, qui effud.
l. 1. §. 4. (14. 237)
l. 5. §. 4. (245)
Lib. 9. tit. 4. de noxal. act.
* l. 2. §. 1. (17 sq.)
Lib. 10. tit. 1. finium regund.
l. ult. (29)
Lib. 10. tit. 2. famil. erciscund.
* l. 16. §. 4. (110. 253)
* l. 25. §. 16. (95. 110. 250)
l. 25. §. 18. (250)
l. 45. §. 1. (411)
l. 47. §. 1. (421)
Lib. 10. tit. 3. commun. dividund.
* l. 10. pr. (24. 133. 253)
Lib. 11. tit. 3. de servo corrupt.
* l. 3. pr. §. 1. (56)
* l. 4. (57)
Lib. 11. tit. 4. de fugitivis.
l. 1. §. 4. 7. (332)
Lib. 11. tit. 5. de aleatorib.
l. 4. §. 1. (14)
Lib. 11. tit. 6. si mensor.
l. 1. pr. (239)
* l. 1. §. 1. (109 130. 198. 237. 242. 247. 290)
Lib. 12. tit. 1. de reb. cred.
* l. 35. (436)
l. 38. (198. 203)
Lib. 12. tit. 3. de in litem iurand.
l. 5. §. 3. (321)
Lib. 13. tit. 1. de condiction. furt.
l. 16. (233. 237)
Lib. 13. tit. 4. de eo, quod certo loco.
l. 2. in fin. (12)
Lib. 13. tit. 6. commod.
l. 2. §. 10. (367)
l. 5. (177. 285. 376)
* l. 5. §. 2. (129. 210. 223. 226. 227. 228. 246. 290. 359. 367. 372. 373. 380. 397)
* l. 5. §. 3. (210. 228. 381. 422)
l. 5. §. 6. (332)
l. 5. §. 9. (210)
l. 5. §. 10. (210. 376)
l. 5. §. 13. (210. 288. 412)
l. 5. §. 14. (288. 421)
l. 5. §. 15. (210)
* l. 7. §. 1. (24)
* l. 10. (117. 213. 222. 412)
* l. 10. §. 1. (129. 175. 316. 410. 421)
* l. 11. (213. 222. 410. 411)
* l. 13. §. 1. (352. 421)
* l. 17. §. 3. (106. 378)
* l. 18. pr. (110. 154. 161. 214. 217. 221. 223. 367. 379. 382)
* l. 18. §. 1. (24)
* l. 18. §. 3. (108)
* l. 19. (24. 291. 407. 408)
* l. 20. (411)
l. 21. pr. (307. 313)
l. 21. §. 1. (422)
l. 22. (404)
Lib. 13. tit. 7. de pignorat. actione.
l. 13. §. 1. (175. 158. 283. 285. 375)
l. 13. §. ult. (4)
l. 14. (158. 175. 285. 375)
l. 22. pr. (353.356)
l. 22. §. 4. (285. 174. 375)
l. 25. (285. 374)
l. 30. (374. 375)

Lib. 14. tit. 6 ad SCt. Maced.
l. 16. (430)
Lib. 15. tit. 1. de peculio.
l. 4. §. 3. (427)
l. 9. pr. §. 1. 7. (427)
l. 36. fin. (74)
Lib. 16. tit. 3. depositi.
l. 1. (10. 128. 281)
l. 1. pr. (336. 368)
* l. 1. §. 1. (60)
* l. 1. §. 6. (380. 415)
l. 1. §. 7. (380. 187)
l. 1. §. 9. 10. (383)
l. 1. §. 12. (336. 368)
l. 1. §. 14. (420)
l. 1. §. 18. (14)
l. 1. §. 25. (382)
l. 1. §. 35. (176. 367. 372. 379. 380. 421. 422)
l. 1. §. 47. (129)
l. 3. (128)
l. 7. pr. (75)
* l. 11. (11)
* l. 12. §. 1. (422)
l. 12. §. 3. (382. 421)
l. 14. §. 1. (382. 421)
* l. 32. (97. 189. 195. 197. 199. 200. 202. 205. 206. 262. 365. 394)
Lib. 17. tit. 1. mandati.
l. 8. (366)
l. 8. §. 7. (83. 361)
* l. 8. §. 8. (83. 361. 365)
l. 8. §. 9. (74)
* l. 8. §. 10. (361. 362. 75)
l. 9. (362. 364)
* l. 10. pr. (361. 364)
l. 10. §. 6. (443)
l. 12. §. 14. (439)
l. 18. (430)
l. 22. §. 2. (436)
l. 22. §. 11. (362)
l. 26. §. 2. (436)
l. 26. §. 6. 7. (404)
l. 27. (443)
* l. 29. pr. (82. 84. 361. 365. 366. 422)
* l. 31. fin. (439)
l. 34. fin. pr. (421)
l. 39. (380)
* l. 44. (438)
Lib. 17. tit. 1. mandati.
l. 45. §. 7. (436)
l. 47. (444)
l. 53. (430)
l. 57. (277)
Lib. 17. tit. 2. pro socio.
* l. 23. pr. (248)
l. 23. §. 1. (249. 412)
l. 25 (249. 289. 420)
l. 26. (249)
l. 35. 36. (249. 263)
l. 40. (263. 365)
l. 47. §. 1. (24)
l. 48. (24)
* l. 52. §. 1. 2. (161. 168. 365)
* l. 52. §. 3. (161. 168. 315. 318. 381. 414)
* l. 52. §. 11. (161. 168. 248. 362)
* l. 72. (152. 156. 158. 161. 211. 242)
Lib. 18. tit. 1. de contrahend. emt.
l. 34. §. 5. (345)
* l. 35. §. 4. (293. 298. 308. 312. 339)
l. 35. §. 7. (347)
* l. 62. (346)
* l. 68. pr. (152. 175. 297. 300. 365)
Lib. 18. tit. 4. de hered. vel act. vend.
l. 4. (453)
* l. 21. (244. 308. 312. 313. 328. 352)
Lib. 18. tit. 6. de pericul. et commod. r. v.
l. 1. pr. (346. 347)
* l. 1. §. 1. (342. 344)
* l. 2. (284. 337. 242. 344)
* l. 3. (284. 294. 298. 343. 345. 394)
* l. 4. §. 1. 2 (343. 344. 345)
* l. 5. (345. 347)
* l. 11. (293. 298. 412)
l. 12 et 13. (244)
l. 14. §. 1. (325)
* l. 15. (346)
l. 17. pr. (382)
Lib. 19. tit. 1. de action. emt. et vend.
l. 6. §. 8. (365)

Lib. 19. tit. 1. de action. emt. et vend.
l. 6. §. 2. (187. 365. 380)
l. 11. §. 1. (364)
l. 11. §. 8. (14)
l. 11. §. 15. et ult. in fin. (380)
l. 13. §. 12. (244)
• l. 13. §. 16. (296. 300)
l. 13. §. 22. (302)
• l. 31. pr. (390. 327. 421)
l. 36. (174. 294. 299)
• l. 54. in fin. pr. (153. 294. 298. 288. 421)
Lib. 19. tit. 2. locati.
l. 3. (381)
l. 6. (352)
l. 9. pr. (373)
l. 9. §. 5. (94)
l. 11. pr. (412)
l. 11. §. 2. (282)
l. 11. §. 3. (373)
l. 11. §. 4. (382)
l. 12. (382)
l. 13. pr. (32)
l. 13. §. 1. (373)
l. 13. §. 3. (382)
l. 13. §. 5. (136. 287. 422)
l. 13. §. 6. (329)
l. 13. §. 7. (410)
l. 19. §. 1. (329)
l. 24. §. 4. (382)
• l. 24. §. 7. (94. 410)
l. 25. §. 3. 35
l. 25. §. 7. 4. 373. 374. 382)
l. 25. §. ult. 329)
• l. 36. §. 4. 413. 417)
l. 51. 374)
• l. 40. 288. 374. 408. 421)
• l. 41. 94. 282. 291. 374. 399. 408)
l. 54. §. 2. 282)
l. 55. pr. 291. 382)
l. 55. 374
l. 57. 36. 37)
l. 60. §. 2. 365)
l. 62. §. 3. 340)
l. 66. §. 7. 412)
l. 66. §. 8. ult. 374. 382)
Lib. 19. tit. 3. de aestimat.
l. 1. §. 1. (421)
Lib. 19. tit. 5. de praescript. verb.
l. 5. §. 1. (288)
l. 5. §. 4. (368)
l. 11. (25)
l. 14. (25)
l. 14. pr. §. 1. 3. (37)
• l. 14. §. 2. (36)
l. 17. §. 1. (288)
• l. 17. §. 2. (222. 288. 367. 272. 377. 383)
l. 17. §. 4. (169. 288)
l. 20. (110. 410)
• l. 21. (27)
l. 23. (37)
Lib. 20. tit. 1. de pignoribus.
l. 3. §. 1. (44)
l. 30. (421. 453)
Lib. 21. tit. 1. de aedilit. edicto.
l. 1. §. 1. (412)
l. 31. §. 9. (297. 301. 412)
• l. 31. §. 11. (297. 301. 330. 412)
l. 31. §. 12. (290. 297. 301. 330)
l. 31. §. 14. (297. 301. 412)
l. 31. §. 15. 297.)
l. 40—42. 39
Lib. 21. tit. 2. de eviction.
l. 12. (430)
l. 68. §. 1. 430)
Lib. 22. tit. 3. de probation.
l. 9. 173)
l. 18. §. 1. (173)
l. 21. 173)
• l. 25. 94. 173)
Lib. 22. tit. 6. de jur. et facti ignorant.
l. 3. in fin. 36)
• l. 6. 191. 291)
l. 8. §. 2. 35)
Lib. 23. tit. 2. de rit. nupt.
l. 39. §. ult. 29)
l. 57. §. 2. 37)
Lib. 23. tit. 3. de jure dotium.
l. 2. §. 4. 29)
l. 7. §. 2. 411)
l. 8. 443)
l. 8. §. 5. in fin. 370. 375. 388)
l. 24. pr. 282. 411. ult. 443)

Digitized by Google

Lib. 23. tit. 3. de iure dotium.
l. 10. §. 1. (423)
l. 10. §. 4. 5. (422. 423. 424)
l. 10. §. ult. (450. 451)
l. 12. §. 1. (423. 228)
l. 12. §. ult. (444)
l. 14 (424)
l. 15. (423. 424)
l. 16. 423. 381)
l. 17. pr. (156. 174. 246. 377. 425)
• l. 17. §. 1. (423)
l. 18. (381. 448)
l. 19. (441)
l. 25. (448)
l. 27. (448)
l. 28. (432)
• l. 32. (430. 448)
• l. 33. (377. 435. 438. 441. 442)
l. 35. (377)
l. 36. (377. 436)
l. 36—38. (443)
• l. 41. §. 3. (377. 437)
l. 41. §. ult. (441)
l. 42. (424)
l. 44. §. 1. (444)
l. 45. (444)
l. 49. (377. 442)
l. 52. (423)
l. 53. (439. 440)
l. 54. (448)
l. 56. pr. (436. 443)
l. 57. (444)
l. 58. §. 1. (444)
l. 67. §. ult. (275)
l. 69. §. 7. (447)
l. 71. (441)
l. 72. §. 1. (425)
l. 75. (423)
l. 76. fin. (446)
l. 78. §. 2. (432)
l. 78. §. 5. (436)
l. 80. 83. (436)
l. penult. (442)
Lib. 23. tit. 4. de pact. dotal.
l. 4. (433. 446)
l. 5. §. 2. (446)
• l. 6. (377. 439. 445)
l. 11. (422. 445)
l. 12. §. 1. (445)
l. 12. §. 3. 4. (423. 431)
Lib. 23. tit. 4. de pact. dotal.
l. 12. §. 4. ult. (450)
l. 13. (423. 450)
l. 14—18. (446)
• l. 20. §. 2. (440)
• l. 21. (377. 451)
l. 29. pr. (449)
l. ult. (423. 431. 448)
Lib. 23. tit. 5. de fund. dotal.
l. 7. (432)
l. 11. (450)
l. 12. (432)
l. 16. (432)
l. ult. (430)
Lib. 24. tit. 1. de donat. int. V. et U.
l. 7. §. 5. (381)
l. 21. §. 1. (446)
• l. 52. pr. (197. 380. 381)
Lib. 24. tit. 3. solut. matrim.
l. 1. (445)
l. 2. §. 1. 2. (430. 432)
l. 3. 4. (432)
l. 7. §. ult. (426)
• l. 9. (199. 382)
l. 17. §. 1. (426)
• l. 18. §. 1. et in fin. (168. 192. 376. 377. 426. 427. 452)
l. 22. pr. et §. 7. (446. 422)
l. 23. §. 5. (210)
• l. 24. §. 5. (156. 205. 377. 425. 428)
l. 25. §. 1. (377. 425. 229)
l. 29. (446)
l. 30. §. 1. (442)
• l. 32. (442)
l. 38. (422)
l. 45. (422)
• l. 49. pr. et §. 1. (377. 422. 423. 426. 434. 440. 452)
l. 50. (450)
l. 51. (423)
l. 53. (444)
l. 57. (432)
l. 61. (429. 430)
l. 62. 64. pr. (430. 429)
l. 66. (422)
l. 66. pr. (382. 426)
l. 66. §. 3 et 6. (432. 448)
• l. 66. §. ult. (441)
l. ult. (426)

Digitized by Google

Lib. 19. tit. 1. de action. emt. et vend.
l. 6. §. 9. (187. 365. 380)
l. 11. §. 1. (364)
l. 11. §. 8. (14)
l. 11. §. 15. et ult. in fin. (380)
l. 13. §. 12. (244)
* l. 13. §. 16. (296. 300)
l. 13. §. 22. (302)
* l. 31. pr. (390. 327. 421)
l. 36. (174. 294. 299)
* l. 54. in fin. pr. (153. 294. 298. 288. 421)
Lib. 19. tit. 2. locati.
l. 3. (381)
l. 6. (352)
l. 9. pr. (373)
l. 9. §. 5. (94)
l. 11. pr. (412)
l. 11. §. 2. (282)
l. 11. §. 3. (373)
l. 11. §. 4. (382)
l. 12. (382)
l. 13. pr. (32)
l. 13. §. 1. (373)
l. 13. §. 3. (382)
l. 13. §. 5. (130. 287. 422)
l. 13. §. 6. (329)
l. 13. §. 7. (408)
l. 19. §. 1. (329)
l. 24. §. 4. (382)
* l. 24. §. 7. (94. 409)
l. 25. §. 5. (33)
l. 25. §. 7. (4. 373. 374. 382)
l. 25. §. ult. (326)
* l. 30. §. 4. (413. 417)
l. 31. (374)
* l. 40. (289. 374. 408. 421)
* l. 41. (24. 282. 291. 374. 390. 408)
l. 54. §. 2. (381)
l. 55. pr. (331. 392)
l. 55. (374)
l. 57. (30. 31)
l. 60. §. 2. (353)
l. 60. §. 5. (304)
l. 60. §. 7. (412)
l. 60. §. 9. ult. (374. 392)
Lib. 19. tit. 3. de aestimat.
l. 1. §. 1. (421)
Lib. 19. tit. 5. de praescript. verb.
l. 5. §. 1. (288)
l. 5. §. 4. (368)
l. 11. (25)
l. 14. (25)
l. 14. pr. §. 1. 3. (37)
* l. 14. §. 2. (36)
l. 17. §. 1. (288)
* l. 17. §. 2. (222. 288. 367. 272. 377. 383)
l. 17. §. 4. (169. 288)
l. 20. (110. 410)
* l. 21. (27)
l. 23. (37)
Lib. 20. tit. 1. de pignoribus.
l. 3. §. 1. (44)
l. 30. (421. 453)
Lib. 21. tit. 1. de aedilit. edicto.
l. 1. §. 1. (412)
l. 31. §. 9. (297. 301. 412)
* l. 31. §. 11. (297. 301. 330. 412)
l. 31. §. 12. (290. 297. 301. 330)
l. 31. §. 14. (297. 301. 412)
l. 31. §. 15. (297)
l. 40—42. (59)
Lib. 21. tit. 2. de eviction.
l. 12. (430)
l. 68. §. 1. (436)
Lib. 22. tit. 3. de probation.
l. 9. (178)
l. 18. §. 1. (179)
l. 21. (179)
* l. 25. (94. 179)
Lib. 22. tit. 6. de iur. et facti ignorant.
l. 3. in fin. (86)
* l. 6. (191. 392)
l. 9. §. 2. (85)
Lib. 23. tit. 2. de ritu nupt.
l. 60. §. ult. (260)
l. 67. §. 6. (167)
Lib. 23. tit. 3. de iure dotium.
l. 2. 6. (448)
l. 7. §. 2. (431)
l. 9. (445)
l. 9. §. 3. fin. (330. 335. 368)
l. 10. pr. (381. 423. 445. 449)

Lib. 23. tit. 3. de iure dotium.
l. 10. §. 1. (423)
l. 10. §. 4. 5. (422. 423. 424)
l. 10. §. ult. (450. 451)
l. 12. §. 1. (423. 228)
l. 12. §. ult. (444)
l. 14 (424)
l. 15. (423. 424)
l. 16. 423. 381)
l. 17. pr. (156. 174. 246. 377. 425)
* l. 17. §. 1. (423)
l. 18. (381. 448)
l. 19. (441)
l. 25. (448)
l. 27. (448)
l. 28. (432)
* l. 32. (430. 448)
* l. 33. (377. 435. 438. 441. 442)
l. 35. (377)
l. 36. (377. 436)
l. 36—38. (443)
* l. 41. §. 3. (377. 437)
l. 41. §. ult. (441)
l. 42. (424)
l. 44. §. 1. (444)
l. 45. (444)
l. 49. (377. 442)
l. 52. (423)
l. 53. (439. 440)
l. 54. (448)
l. 56. pr. (436. 443)
l. 57. (444)
l. 58. §. 1. (444)
l. 67. §. ult. (275)
l. 69. §. 7. (447)
l. 71. (441)
l. 72. §. 1. (425)
l. 75. (423)
l. 76. fin. (446)
l. 78. §. 2. (432)
l. 78. §. 5. (436)
l. 80. 83. (436)
l. penult. (442)
Lib. 23. tit. 4. de pact. dotal.
l. 4. (433. 446)
l. 5. §. 2. (446)
* l. 6. (377. 439. 445)
l. 11. (422. 445)
l. 12. §. 1. (445)
l. 12. §. 3. 4. (423. 431)
Lib. 23. tit. 4. de pact. dotal.
l. 12. §. 4. ult. (450)
l. 13. (423. 450)
l. 14—18. (446)
* l. 20. §. 2. (440)
* l. 21. (377. 451)
l. 29. pr. (449)
l. ult. (423. 431. 448)
Lib. 23. tit. 5. de fund. dotal.
l. 7. (432)
l. 11. (450)
l. 12. (432)
l. 16. (432)
l. ult. (430)
Lib. 24. tit. 1. de donat. int. V. et U.
l. 7. §. 5. (381)
l. 21. §. 1. (446)
* l. 52. pr. (197. 380. 381)
Lib. 24. tit. 3. solut. matrim.
l. 1. (445)
l. 2. §. 1. 2. (430. 432)
l. 3. 4. (432)
l. 7. §. ult. (426)
* l. 9. (199. 382)
l. 17. §. 1. (426)
* l. 18. §. 1. et in fin. (168. 192. 376. 377. 426. 427. 452)
l. 22. pr. et §. 7. (446. 422)
l. 23. §. 5. (210)
* l. 24. §. 5. (156. 205. 377. 425. 428)
l. 25. §. 1. (377. 425. 229)
l. 29. (446)
l. 30. §. 1. (442)
* l. 32. (442)
l. 38. (422)
l. 45. (422)
* l. 49. pr. et §. 1. (377. 422. 423. 426. 434. 440. 452)
l. 50. (450)
l. 51. (423)
l. 53. (444)
l. 57. (432)
l. 61. (429. 430)
l. 62. 64. pr. (430. 429)
l. 66. (422)
l. 66. pr. (382. 426)
l. 66. §. 3 et 6. (432. 448)
* l. 66. §. ult. (441)
l. ult. (426)

Lib. 19. tit. 1. de action. emt. et vend.
l. 6. §. 9. (187. 365. 380)
l. 11. §. 1. (364)
l. 11. §. 8. (14)
l. 11. §. 15. et ult. in fin. (380)
l. 13. §. 12. (244)
* l. 13. §. 16. (296. 300)
l. 13. §. 22. (302)
* l. 31. pr. (390. 327. 421)
l. 36. (174. 294. 299)
* l. 54. in fin. pr. (153. 294. 298. 288. 421)
Lib. 19. tit. 2. locati.
l. 3. (381)
l. 6. (352)
l. 9. pr. (373)
l. 9. §. 5. (94)
l. 11. pr. (412)
l. 11. §. 2. (282)
l. 11. §. 3. (373)
l. 11. §. 4. (382)
l. 12. (382)
l. 13. pr. (32)
l. 13. §. 1. (373)
l. 13. §. 3. (382)
l. 13. §. 5. (130. 287. 422)
l. 13. §. 6. (329)
l. 13. §. 7. (408)
l. 19. §. 1. (329)
l. 24. §. 4. (382)
* l. 24. §. 7. (94. 409)
l. 25. §. 5. (33)
l. 25. §. 7. (4. 373. 374. 382)
l. 25. §. ult. (326)
* l. 30. §. 4. (413. 417)
l. 31. (374)
* l. 40. (289. 374. 408. 421)
* l. 41. (24. 282. 291. 374. 390. 408)
l. 54. §. 2. (381)
l. 55. pr. (331. 392)
l. 55. (374)
l. 57. (30. 31)
l. 60. §. 2. (353)
l. 60. §. 5. (304)
l. 60. §. 7. (412)
l. 60. §. 9. ult. (374. 392)
Lib. 19. tit. 3. de aestimat.
l. 1. §. 1. (421)
Lib. 19. tit. 5. de praescript. verb.
l. 5. §. 1. (288)
l. 5. §. 4. (368)
l. 11. (25)
l. 14. (25)
l. 14. pr. §. 1. 3. (37)
* l. 14. §. 2. (36)
l. 17. §. 1. (288)
* l. 17. §. 2. (222. 288. 367. 272. 377. 383)
l. 17. §. 4. (169. 288)
l. 20. (110. 410)
* l. 21. (27)
l. 23. (37)
Lib. 20. tit. 1. de pignoribus.
l. 3. §. 1. (44)
l. 30. (421. 453)
Lib. 21. tit. 1. de aedilit. edicto.
l. 1. §. 1. (412)
l. 31. §. 9. (297. 301. 412)
* l. 31. §. 11. (297. 301. 330. 412)
l. 31. §. 12. (290. 297. 301. 330)
l. 31. §. 14. (297. 301. 412)
l. 31. §. 15. (297)
l. 40—42. (59)
Lib. 21. tit. 2. de eviction.
l. 12. (430)
l. 68. §. 1. (436)
Lib. 22. tit. 3. de probation.
l. 9. (178)
l. 18. §. 1. (179)
l. 21. (179)
* l. 25. (94. 179)
Lib. 22. tit. 6. de iur. et facti ignorant.
l. 3. in fin. (86)
* l. 6. (191. 392)
l. 9. §. 2. (85)
Lib. 23. tit. 2. de ritu nupt.
l. 60. §. ult. (260)
l. 67. §. 6. (167)
Lib. 23. tit. 3. de iure dotium.
l. 2. 6. (448)
l. 7. §. 2. (431)
l. 9. (445)
l. 9. §. 3. fin. (330. 335. 368)
l. 10. pr. (381. 423. 445. 449)

Lib. 23. tit. 3. de iure dotium.
l. 10. §. 1. (423)
l. 10. §. 4. 5. (422. 423. 424)
l. 10. §. ult. (450. 451)
l. 12. §. 1. (423. 228)
l. 12. §. ult. (444)
l. 14 (424)
l. 15. (423. 424)
l. 16. 423. 381)
l. 17. pr. (156. 174. 246. 377. 425)
• l. 17. §. 1. (423)
l. 18. (381. 448)
l. 19. (441)
l. 25. (448)
l. 27. (448)
l. 28. (432)
• l. 32. (430. 448)
• l. 33. (377. 435. 438. 441. 442)
l. 35. (377)
l. 36. (377. 436)
l. 36—38. (443)
• l. 41. §. 3. (377. 437)
l. 41. §. ult. (441)
l. 42. (424)
l. 44. §. 1. (444)
l. 45. (444)
l. 49. (377. 442)
l. 52. (423)
l. 53. (439. 440)
l. 54. (448)
l. 56. pr. (436. 443)
l. 57. (444)
l. 58. §. 1. (444)
l. 67. §. ult. (275)
l. 69. §. 7. (447)
l. 71. (441)
l. 72. §. 1. (425)
l. 75. (423)
l. 76. fin. (446)
l. 78. §. 2. (432)
l. 78. §. 5. (436)
l. 80. 83. (436)
l penult. (442)
Lib. 23. tit. 4. de pact. dotal.
l. 4. (433. 446)
l. 5. §. 2. (446)
• l. 6. (377. 439. 445)
l. 11. (422. 445)
l. 12. §. 1. (445)
l. 12. §. 3. 4. (423. 431)
Lib. 23. tit. 4. de pact. dotal.
l. 12. §. 4. ult. (450)
l. 13. (423. 450)
l. 14—18. (446)
• l. 20. §. 2. (440)
• l. 21. (377. 451)
l. 29. pr. (449)
l. ult. (423. 431. 448)
Lib. 23. tit. 5. de fund. dotal.
l. 7. (432)
l. 11. (450)
l. 12. (432)
l. 16. (432)
l. ult. (430)
Lib. 24. tit. 1. de donat. int. V. et U.
l. 7. §. 5. (381)
l. 21. §. 1. (446)
• l. 52. pr. (197. 380. 381)
Lib. 24. tit. 3. solut. matrim.
l. 1. (445)
l. 2. §. 1. 2. (430. 432)
l. 3. 4. (432)
l. 7. §. ult. (426)
• l. 9. (199. 382)
l. 17. §. 1. (426)
• l. 18. §. 1. et in fin. (168. 192. 376. 377. 426. 427. 452)
l. 22. pr. et §. 7. (446. 422)
l. 23. §. 5. (210)
• l. 24. §. 5. (156. 205. 377. 425. 428)
l. 25. §. 1. (377. 425. 229)
l. 29. (446)
l. 30. §. 1. (442)
• l. 32. (442)
l. 38. (422)
l. 45. (422)
• l. 49. pr. et §. 1. (377. 422. 423. 426. 434. 440. 452)
l. 50. (450)
l. 51. (423)
l. 53. (444)
l. 57. (432)
l. 61. (429. 430)
l. 62. 64. pr. (430. 429)
l. 66. (422)
l. 66. pr. (382. 426)
l. 66. §. 3 et 6. (432. 448)
• l. 66. §. ult. (441)
l. ult. (426)

Lib. 19. tit. 1. de action. emt. et vend.
l. 6. §. 9. (187. 365. 380)
l. 11. §. 1. (364)
l. 11. §. 8. (14)
l. 11. §. 15. et ult. in fin. (380)
l. 13. §. 12. (244)
* l. 13. §. 16. (296. 300)
l. 13. §. 22. (302)
* l. 31. pr. (390. 327. 421)
l. 36. (174. 294. 299)
* l. 54. in fin. pr. (153. 294. 298. 288. 421)
Lib. 19. tit. 2. locati.
l. 3. (381)
l. 6. (352)
l. 9. pr. (373)
l. 9. §. 5. (94)
l. 11. pr. (412)
l. 11. §. 2. (282)
l. 11. §. 3. (373)
l. 11. §. 4. (382)
l. 12. (382)
l. 13. pr. (32)
l. 13. §. 1. (373)
l. 13. §. 3. (382)
l. 13. §. 5. (130. 287. 422)
l. 13. §. 6. (329)
l. 13. §. 7. (408)
l. 19. §. 1. (329)
l. 24. §. 4. (382)
* l. 24. §. 7. (94. 409)
l. 25. §. 5. (33)
l. 25. §. 7. (4. 373. 374. 382)
l. 25. §. ult. (326)
* l. 30. §. 4. (413. 417)
l. 31. (374)
* l. 40. (289. 374. 408. 421)
* l. 41. (24. 282. 291. 374. 390. 408)
l. 54. §. 2. (381)
l. 55. pr. (331. 392)
l. 55. (374)
l. 57. (30. 31)
l. 60. §. 2. (353)
l. 60. §. 5. (304)
l. 60. §. 7. (412)
l. 60. §. 9. ult. (374. 392)
Lib. 19. tit. 3. de aestimat.
l. 1. §. 1. (421)
Lib. 19. tit. 5. de praescript. verb.
l. 5. §. 1. (288)
l. 5. §. 4. (368)
l. 11. (25)
l. 14. (25)
l. 14. pr. §. 1. 3. (37)
* l. 14. §. 2. (36)
l. 17. §. 1. (288)
* l. 17. §. 2. (222. 288. 367. 272. 377. 383)
l. 17. §. 4. (169. 288)
l. 20. (110. 410)
* l. 21. (27)
l. 23. (37)
Lib. 20. tit. 1. de pignoribus.
l. 3. §. 1. (44)
l. 30. (421. 453)
Lib. 21. tit. 1. de aedilit. edicto.
l. 1. §. 1. (412)
l. 31. §. 9. (297. 301. 412)
* l. 31. §. 11. (297. 301. 330. 412)
l. 31. §. 12. (290. 297. 301. 330)
l. 31. §. 14. (297. 301. 412)
l. 31. §. 15. (297)
l. 40—42. (59)
Lib. 21. tit. 2. de eviction.
l. 12. (430)
l. 68. §. 1. (436)
Lib. 22. tit. 3. de probation.
l. 9. (178)
l. 18. §. 1. (179)
l. 21. (179)
* l. 25. (94. 179)
Lib. 22. tit. 6. de iur. et facti ignorant.
l. 3. in fin. (86)
* l. 6. (191. 392)
l. 9. §. 2. (85)
Lib. 23. tit. 2. de ritu nupt.
l. 60. §. ult. (260)
l. 67. §. 6. (167)
Lib. 23. tit. 3. de iure dotium.
l. 2. 6. (448)
l. 7. §. 2. (431)
l. 9. (445)
l. 9. §. 3. fin. (330. 335. 368)
l. 10. pr. (381. 423. 445. 449)

Lib. 23. tit. 3. de iure dotium.
l. 10. §. 1. (423)
l. 10. §. 4. 5. (422. 423. 424)
l. 10. §. ult. (450. 451)
l. 12. §. 1. (423. 228)
l. 12. §. ult. (444)
l. 14 (424)
l. 15. (423. 424)
l. 16. 423. 381)
l. 17. pr. (156. 174. 246. 377. 425)
* l. 17. §. 1. (423)
l. 18. (381. 448)
l. 19. (441)
l. 25. (448)
l. 27. (448)
l. 28. (432)
* l. 32. (430. 448)
* l. 33. (377. 435. 438. 441. 442)
l. 35. (377)
l. 36. (377. 436)
l. 36—38. (443)
* l. 41. §. 3. (377. 437)
l. 41. §. ult. (441)
l. 42. (424)
l. 44. §. 1. (444)
l. 45. (444)
l. 49. (377. 442)
l. 52. (423)
l. 53. (439. 440)
l. 54. (448)
l. 56. pr. (436. 443)
l. 57. (444)
l. 58. §. 1. (444)
l. 67. §. ult. (275)
l. 69. §. 7. (447)
l. 71. (441)
l. 72. §. 1. (425)
l. 75. (423)
l. 76. fin. (446)
l. 78. §. 2. (432)
l. 78. §. 5. (436)
l. 80. 83. (436)
l. penult. (442)
Lib. 23. tit. 4. de pact. dotal.
l. 4. (433. 446)
l. 5. §. 2. (446)
* l. 6. (377. 439. 445)
l. 11. (422. 445)
l. 12. §. 1. (445)
l. 12. §. 3. 4. (423. 431)
Lib. 23. tit. 4. de pact. dotal.
l. 12. §. 4. ult. (450)
l. 13. (423. 450)
l. 14—18. (446)
* l. 20. §. 2. (440)
* l. 21. (377. 451)
l. 29. pr. (449)
l. ult. (423. 431. 448)
Lib. 23. tit. 5. de fund. dotal.
l. 7. (432)
l. 11. (450)
l. 12. (432)
l. 16. (432)
l. ult. (430)
Lib. 24. tit. 1. de donat. int. V. et U.
l. 7. §. 5. (381)
l. 21. §. 1. (446)
* l. 52. pr. (197. 380. 381)
Lib. 24. tit. 3. solut. matrim.
l. 1. (445)
l. 2. §. 1. 2. (430. 432)
l. 3. 4. (432)
l. 7. §. ult. (426)
* l. 9. (199. 382)
l. 17. §. 1. (426)
* l. 18. §. 1. et in fin. (168. 192. 376. 377. 426. 427. 452)
l. 22. pr. et §. 7. (446. 422)
l. 23. §. 5. (210)
* l. 24. §. 5. (156. 205. 377. 425. 428)
l. 25. §. 1. (377. 425. 229)
l. 29. (446)
l. 30. §. 1. (442)
* l. 32. (442)
l. 38. (422)
l. 45. (422)
* l. 49. pr. et §. 1. (377. 422. 423. 426. 434. 440. 452)
l. 50. (450)
l. 51. (423)
l. 53. (444)
l. 57. (432)
l. 61. (429. 430)
l. 62. 64. pr. (430. 429)
l. 66. (422)
l. 66. pr. (382. 426)
l. 66. §. 3 et 6. (432. 448)
* l. 66. §. ult. (441)
l. ult. (426)

Lib. 19. tit. 1. de action. emt. et vend.
l. 6. §. 9. (187. 365. 380)
l. 11. §. 1. (364)
l. 11. §. 8. (14)
l. 11. §. 15. et ult. in fin. (380)
l. 13. §. 12. (244)
* l. 13. §. 16. (296. 300)
l. 13. §. 22. (302)
* l. 31. pr. (390. 327. 421)
l. 36. (174. 294. 299)
* l. 54. in fin. pr. (153. 294. 298. 288. 421)
Lib. 19. tit. 2. locati.
l. 3. (381)
l. 6. (352)
l. 9. pr. (373)
l. 9. §. 5. (94)
l. 11. pr. (412)
l. 11. §. 2. (282)
l. 11. §. 3. (373)
l. 11. §. 4. (382)
l. 12. (382)
l. 13. pr. (32)
l. 13. §. 1. (373)
l. 13. §. 3. (382)
l. 13. §. 5. (130. 287. 422)
l. 13. §. 6. (329)
l. 13. §. 7. (408)
l. 19. §. 1. (329)
l. 24. §. 4. (382)
* l. 24. §. 7. (94. 409)
l. 25. §. 5. (33)
l. 25. §. 7. (4. 373. 374. 382)
l. 25. §. ult. (326)
* l. 30. §. 4. (413. 417)
l. 31. (374)
* l. 40. (289. 374. 408. 421)
* l. 41. (24. 282. 291. 374. 390. 408)
l. 54. §. 2. (381)
l. 55. pr. (331. 392)
l. 55. (374)
l. 57. (30. 31)
l. 60. §. 2. (353)
l. 60. §. 5. (304)
l. 60. §. 7. (412)
l. 60. §. 9. ult. (374. 392)
Lib. 19. tit. 3. de aestimat.
l. 1. §. 1. (421)
Lib. 19. tit. 5. de praescript. verb.
l. 5. §. 1. (288)
l. 5. §. 4. (368)
l. 11. (25)
l. 14. (25)
l. 14. pr. §. 1. 3. (37)
* l. 14. §. 2. (36)
l. 17. §. 1. (288)
* l. 17. §. 2. (222. 288. 367. 272. 377. 383)
l. 17. §. 4. (169. 288)
l. 20. (110. 410)
* l. 21. (27)
l. 23. (37)
Lib. 20. tit. 1. de pignoribus.
l. 3. §. 1. (44)
l. 30. (421. 453)
Lib. 21. tit. 1. de aedilit. edicto.
l. 1. §. 1. (412)
l. 31. §. 9. (297. 301. 412)
* l. 31. §. 11. (297. 301. 330. 412)
l. 31. §. 12. (290. 297. 301. 330)
l. 31. §. 14. (297. 301. 412)
l. 31. §. 15. (297)
l. 40—42. (59)
Lib. 21. tit. 2. de eviction.
l. 12. (430)
l. 68. §. 1. (436)
Lib. 22. tit. 3. de probation.
l. 9. (178)
l. 18. §. 1. (179)
l. 21. (179)
* l. 25. (94. 179)
Lib. 22. tit. 6. de iur. et facti ignorant.
l. 3. in fin. (86)
* l. 6. (191. 392)
l. 9. §. 2. (85)
Lib. 23. tit. 2. de ritu nupt.
l. 60. §. ult. (260)
l. 67. §. 6. (167)
Lib. 23. tit. 3. de iure dotium.
l. 2. 6. (448)
l. 7. §. 2. (431)
l. 9. (445)
l. 9. §. 3. fin. (330. 335. 368)
l. 10. pr. (381. 423. 445. 449)

Lib. 23. tit. 3. de iure dotium.
l. 10. §. 1. (423)
l. 10. §. 4. 5. (422. 423. 424)
l. 10. §. ult. (450. 451)
l. 12. §. 1. (423. 228)
l. 12. §. ult. (444)
l. 14 (424)
l. 15. (423. 424)
l. 16. 423. 381)
l. 17. pr. (156. 174. 246. 377. 425)
* l. 17. §. 1. (423)
l. 18. (381. 448)
l. 19. (441)
l. 25. (448)
l. 27. (448)
l. 28. (432)
* l. 32. (430. 448)
* l. 33. (377. 435. 438. 441. 442)
l. 35. (377)
l. 36. (377. 436)
l. 36—38. (443)
* l. 41. §. 3. (377. 437)
l. 41. §. ult. (441)
l. 42. (424)
l. 44. §. 1. (444)
l. 45. (444)
l. 49. (377. 442)
l. 52. (423)
l. 53. (439. 440)
l. 54. (448)
l. 56. pr. (436. 443)
l. 57. (444)
l. 58. §. 1. (444)
l. 67. §. ult. (275)
l. 69. §. 7. (447)
l. 71. (441)
l. 72. §. 1. (425)
l. 75. (423)
l. 76. fin. (446)
l. 78. §. 2. (432)
l. 78. §. 5. (436)
l. 80. 83. (436)
l penult. (442)
Lib. 23. tit. 4. de pact. dotal.
l. 4. (433. 446)
l. 5. §. 2. (446)
* l. 6. (377. 439. 445)
l. 11. (422. 445)
l. 12. §. 1. (445)
l. 12. §. 3. 4. (423. 431)
Lib. 23. tit. 4. de pact. dotal.
l. 12. §. 4. ult. (450)
l. 13. (423. 450)
l. 14—18. (446)
* l. 20. §. 2. (440)
* l. 21. (377. 451)
l. 29. pr. (449)
l. ult. (423. 431. 448)
Lib. 23. tit. 5. de fund. dotal.
l. 7. (432)
l. 11. (450)
l. 12. (432)
l. 16. (432)
l. ult. (430)
Lib. 24. tit. 1. de donat. int. V. et U.
l. 7. §. 5. (381)
l. 21. §. 1. (446)
* l. 52. pr. (197. 380. 381)
Lib. 24. tit. 3. solut. matrim.
l. 1. (445)
l. 2. §. 1. 2. (430. 432)
l. 3. 4. (432)
l. 7. §. ult. (426)
* l. 9. (199. 382)
l. 17. §. 1. (426)
* l. 18. §. 1. et in fin. (168. 192. 376. 377. 426. 427. 452)
l. 22. pr. et §. 7. (446. 422)
l. 23. §. 5. (210)
* l. 24. §. 5. (156. 205. 377. 425. 428)
l. 25. §. 1. (377. 425. 229)
l. 29. (446)
l. 30. §. 1. (442)
* l. 32. (442)
l. 38. (422)
l. 45. (422)
* l. 49. pr. et §. 1. (377. 422. 423. 426. 434. 440. 452)
l. 50. (450)
l. 51. (423)
l. 53. (444)
l. 57. (432)
l. 61. (429. 430)
l. 62. 64. pr. (430. 429)
l. 66. (422)
l. 66. pr. (382. 426)
l. 66. §. 3 et 6. (432. 448)
* l. 66. §. ult. (441)
l. ult. (426)

Lib. 25. tit. 1. de impens. in rem dot.
l. 4. (446)
l. 8. (430)
Lib. 25. tit. 2. de actione rer. amot.
l. 17. §. 3. l. 18. (358)
l. 21. §. 2. et l. 26. §. 6. 7. (404)
Lib. 26. tit. 2. de testament. tutel.
l. 17—19. pr. (267)
l. 30. (271)
l. 32. §. 1. (267)
Lib. 26. tit. 5. de tutorib. et curat.
l. 12. §. 2. (256)
Lib. 26. tit. 7. de administr. tutor.
l. 3. §. 2. (264. 267. 274)
l. 3. §. 6. (267) et §. 8. (259)
l. 5. pr. et §. 7. (189. 264)
* l. 7. §. 2. (167. 263. 264. 362)
l. 7. §. 7. (264)
l. 10. (254. 255)
l. 13. §. 1. (274)
l. 15. 16. (265)
l. 25. (166)
l. 28. fin. (264)
l. 33. pr. et §. 3. (254. 256. 371)
l. 39. pr. (265)
l. 39. §. 2. 3. (166)
l. 39. §. 7. (165. 260)
l. 39. §. 6. 10. 11. (260. 263. 268. 289. 420)
l. 39. §. 12. 13. 14. (289. 166. 265)
l. 40. (289)
l. 41. (189. 190)
l. 49. (264)
l. 50. (169. 265)
l. 55. §. 2. 3. (267. 268)
* l. 57. pr. et §. 1. (165. 253. 264. 274)
Lib. 26. tit. 10. de suspect. tutor.
l. 3. §. 17. 18. (264. 273)
l. 5. (264)
l. 8. (273)
l. 16. (264)
Lib. 27. tit. 3. de tutel. et ration. distrah.
* l. 1. pr. (121. 165. 167. 253. 255. 256. 257)
l. 1. §. 6. 7. (371)
Lib. 27. tit. 4. de contraria tutel.
l. 3. §. 7. (168. 169. 274)
Lib. 27. tit. 5. de eo, qui pro tut.
l. 1. §. 5. (262)
l. 4. (174. 262)
Lib. 27. tit. 7. de fideiussorib. tut.
l. 1. pr. (262)
l. 4. pr. §. 1. (262)
* l. 8. pr. et §. 1. (261. 279)
Lib. 27. tit. 8. de magistrat. conven.
l. 1. §. 2. (75)
* l. 4. (258)
l. 6. (258)
Lib. 28. tit. 1. qui testam. fac.
l. 9. (282)
Lib. 29. tit. 5. de SCto Silanian.
* l. ult. (51)
Lib. 30. de legatis I.
l. 47. (173)
* l. 47. §. 4. 5. (157. 376)
l. 59. (376)
l. 108. §. 12. (174. 367. 372)
l. 119. (190)
Lib. 32. de legatis III.
l. 15. (25)
Lib. 34. tit. 3. de liberat. legata.
l. 9. (171)
Lib. 35. tit. 1. de conditionib.
l. 32. (339) *l. 72. §. 3. (174. 190)
Lib. 35. tit. 2. ad leg. Falcid.
l. 50. §. 4. (376)
Lib. 36 tit 1. ad Sctum Trebell.
* l. 22. §. 3. (149. 207. 372)
Lib. 38. tit. 16. de suis.
l. 3. §. 2. (429)
Lib. 39. tit. 2. de damno infecto.
l. 3. (12)
l. 7. §. 1—2. l. 8. l. 9. §. 1—4. (14)
l. 13. §. 6. (210. 233)
* l. 18. §. 4. (232. 233. 234. 236. 237)
* l. 18. §. 7—9. (244. 295. 299)
* l. 24. §. 3. (232. 233. 235. 236)
l. 24. §. 5. 9. 11. (235)
l. 24. §. ult. (29)
l. 26. (29)
l. 32. (210. 234)
* l. 38. pr. (290. 296. 299)

L. 39. tit. 3. de aqua et aq. pluv. arc.
l. 1. §. 11. 12. 21. l. 2. §. 5. 9. l. 3. §. 2.
l. 21. (29)
Lib. 39. tit. 4. de publicanis.
l. 1. (24)
Lib. 39. tit. 5 de donat.
l. 18. §. 3. (130)
Lib. 40. tit. 1. de manumissionib.
l. 21. (429)
Lib. 40. tit. 4. de manumiss. testam.
* l. 22. (339)
Lib. 40. tit. 12. de liberali causa.
* l. 12. §. ult. (229. 230)
* l. 13. pr. et §. 1. (129. 229. 230. 288. 421)
Lib. 41. tit. 1. de A. R. D.
l. 7. §. 12. (10)
* l. 54. §. 1. 2. (229. 230)
* l. 54. §. 2. (24. 129. 130. 196. 230. 231. 400. 427)
l. 55. (37)
Lib. 41. tit. 9. pro dote.
l. 2. (423)
Lib. 42. tit. 1. re iudicata.
l. 41. pr. et §. 1. (130. 442)
Lib. 42. tit. 5. de reb. auct. iudic.
l. 8. §. 3. (373)
l. 9. pr. §. 5. (373. 374)
l. 13. §. 1. (285)
Lib. 43. tit. 8. ne quid in loco public.
l. 1. §. 13. l. 2. §. 27. 28. 29. (29)
Lib. 43. tit. 15. de ripa mun.
l. un. §. 5. (25)
Lib. 43. tit. 16. de vi et vi armat.
l. 15. (11)
Lib. 43. tit 24. quod vi aut clam.
l. 7. §. 5. 9. 10. (122. 123)
l. 9. pr. (123)
l. 11. pr. et §. 7. (123. 18)
l. 11. §. 8. (14)
l. 12. l. 13. pr. (25)
Lib. 43. tit. 26. de precario.
l. 2. §. 2. (378)
l. 8. §. 3. 6. 8. (129. 318. 379)
* l. 14. (130)
l. 19. §. 2. (378)
Lib. 44. tit. 4. de doli mali et met. except.
l. 2. §. 5. (74)
Lib. 44. tit. 7. d. O. et A.
l. 1. §. 3. (89. 127)
l. 1. §. 4. (127. 376. 382. 413)
* l. 1. §. 5. (129. 210. 242. 246. 372)
l. 5. in fin. (14)
l. 25. init. (312)
l. 32. (17)
* l. 56. (20)
Lib. 45. tit. 1. d. V. O.
l. 1. §. 4. (382. 386)
l. 3. (126)
* l. 91. pr. (120. 127. 383)
l. 91. §. 2. (376)
* l. 91. §. 3. (51)
l. 134. pr. (74)
* l. 137. §. 2. 3. (101. 102. 145. 249)
l. 137. §. 4. (219)
Lib. 45. tit. 2. de duob. reis.
l. 9. §. 1. (372)
Lib. 46. tit. 1. de fideiuss.
l. 18. (436)
Lib. 46. tit. 2. de novation.
l. 11. (439)
Lib. 47. tit. 1. de privat. delict.
l. 2. §. 1. (36)
Lib. 47. tit. 2. de furtis.
l. 10. 11. (303)
* l. 12. pr. (307. 351)
l. 12. §. 1. (209. 306. 307.)
l. 12. §. 2. (303. 304. 307. 322. 353)
l. 13. (314)
* l. 14. pr. (290. 303. 308. 312. 313. 358. 421)
l. 14. §. 1. (314)
l. 14. §. 3. (76. 289. 306. 316. 420)
l. 14. §. 4. (77. 306. 316. 421)
l. 14. §. 5—7. (307. 355. 356)
l. 14. §. 6. (322. 328. 356)
l. 14. §. 8. 9. (315. 316. 335)
l. 14. §. 10. (307. 325. 376)
l. 14. §. 11. (130. 315. 318. 379)
l. 14. §. 12. (315. 326. 350)
l. 14. §. 14. (319. 376)

Lib. 47. tit. 2. de furtis.
l. 14. §. 15. (315. 376)
l. 14. §. 16. (288. 307. 315)
l. 14. §. 17. (304)
* l. 14. §. ult. (324)
* l. 15. pr. (307. 353. 357)
l. 15. §. 2. (307. 314)
l. 22. (358)
l. 23. (50)
l. 27. pr. et §. 3. (35. 304)
l. 46. pr. (305)
l. 46. §. 1—3. 5. (307. 354. 355)
l. 46. §. 4. (307. 354)
l. 49. §. 1. (452)
* l. 50. init. et §. 4. (77. 86. 304)
l. 52. §. 8. (306)
l. 52. §. 10. (307)
l. 53. §. 3. (257. 261. 263. 277. 318. 325)
l. 53. §. ult. (307)
l. 54. §. 3. (305)
l. 59. (307)
l. 60. (328)
* l. 61. §. 5. 6. (401)
l. 66. §. ult. (314)
l. 71. §. 1. et in fin. (306. 307)
l. 76. §. 1. (305)
l. 78. (316. 421)
l. 80. pr. (304. 307)
l. 80. §. 1. 2. (305. 314)
* l. 82. §. 1. (304. 307)
l. 85. (209. 257. 314. 318)
l. 87. (353)
l. 90. (352)
Lib. 47. tit 3. de tigno iuncto.
l. 35. (365)
Lib. 47. tit. 4. si is, qui testam.
l. 1. §. 2. (129. 231)
Lib. 47. tit. 5. furti advers. naut.
l. unic. §. 3. (325)
l. unic. §. 4. (292. 421)
Lib. 47. tit. 6. si fam. furt.
l. 1. §. 1. (431)
Lib. 47. tit. 7. arb. furt. caes.
l. 1. (17. 33)
l. 5. §. 1. (33)
l. 7. §. 2. (34)
l. 8. §. 2. (33)
l. 8. §. 3. (34)
l. 11. (33)
Lib. 47. tit. 8. vi bon. rapt.
* l. 2. §. 23. 24. (316. 372. 380)
Lib. 47. tit. 9. de incend.
l. 9. §. 11. (417. 418)
Lib. 47. tit. 10. de iniuriis.
* l. 1. pr. (43. 46)
l. 15. §. 46. (44. 49)
Lib. 48. tit. 3. de custod. et exhib. reorum.
l. 14. et §. 2. (75. 282)
Lib. 48. tit. 8. ad leg. Cornel. de sicar.
l. 1. §. 3. (33 417)
* l. 7. (79. 417. 418)
Lib. 48. tit. 18. de quaestion.
l. 17. f. (282)
Lib. 48. tit. 19. de poenis.
l. 5. §. 2. (417. 418)
l. 16. §. 8. (417)
l. 28. §. 12. (417)
Lib. 49. tit. 16. de re militari.
l. 13. §. 5. (282)
l. 14. §. 1. init. (11)
Lib. 50. tit. 8. de administr. rer.
l. 6. (175)
Lib. 50. tit. 16. de V. S.
* l. 213. §. ult. (85. 200)
l. 223. (85. 199)
l. 224. (282)
* l. 226. (89. 189. 209. 375)
Lib. 50. tit. 17. de R. J.
* l. 23. (4. 5. 7. 89. 99. 129. 177. 187. 189. 203. 207. 224. 251. 359. 360. 373. 379. 397. 380)
l. 132. (51)
l. 147. (65)
l. 173. §. ult. (74)

3. Codex.

Lib. 2. tit. 2. de in ius vocando.
l. 2. (95)
Lib. 2. tit. 19. de negot. gestis.
l. 17. (175. 258)
* l. 20. (268. 370)
Lib. 3. tit. 24. de servitut. et aqua.
l. 10. (29)
Lib. 3. tit. 35. de leg. Aquil.
* l. 5. (24)
l. 6. (25)
l. 13. §. 1. (231)
Lib. 4. tit. 10. de O. et A.
l. 2. (439. 452)
Lib. 4. tit. 23. commodat.
l. 1. (376)
l. 19. (390)
Lib. 4. tit. 24. de pignorat. act.
l. 5. (325. 326. 350)
l. 6. (159)
l. 7. (285)
l. 8. (7. 325. 326. 350. 421)
Lib. 4. tit. 32. de usuris.
l. 24. (290. 370. 371)
Lib. 4. tit. 34. depositi
l. 1. (372)
Lib. 4. tit. 35 mandati
* l. 11. (124. 360)
l. 13. (290. 360)
* l. 21. (360. 369)
Lib. 4. tit. 37. pro socio.
l. 1. (164)
Lib. 4. tit. 65. de locato.
l. 1. (289. 421)
l. 4. (374. 392)
l. 28. (284. 374)
Lib. 5. tit. 12. de iure dot.
l. 3. (429)
l. 5. (381)
l. 10. (381. 422)
l. 21. (447)
Lib. 5. tit. 13. de rei uxor.
l. unic. (446)
Lib. 5. tit. 13. de rei uxor.
l. unic. §. 5. (431)
l. unic. §. 9. 15. (424)
Lib. 5. tit. 14. de pact. convent.
l. 6 (446)
l. 11. fin. (156)
l. ult. pr. (434)
Lib. 5. tit. 17. de repudiis.
* l. 11. §. 1. (9)
Lib. 5. tit. 37. de administr. tut.
l. 10. (166)
* l. 12. (166. 274)
l. 23. (166)
Lib. 5. tit. 38. de pericul. tut.
l. 1. 3. (289)
l. 4 (168)
Lib. 5. tit. 51. arbitr. tutel.
* l. 2. (81. 263. 265. 266)
l. 7. (166. 167. 254. 260. 270)
Lib. 5. tit. 53. de in lit. iur.
l. 2. (174)
Lib. 5. tit. 54. de hered. tutor.
* l. 11. (259. 277)
l. 2. (268)
l. 4 (268)
Lib. 5. tit. 55. si tut. vel curat. non gess.
* l. 2. (81. 115. 266. 268)
* l. 3. (264)
Lib. 5. tit. 75. de magist. conven.
l. 2. (81. 258)
Lib. 6. tit. 16. de bon. matern.
l. 1. init. (375)
Lib. 7. tit. 8. de serv. pign. dat.
l. 1. l. ult (429)
Lib. 7. tit. 32. de A. et R. P.
l. 11. (11)
Lib. 8. tit. 14. de pignorib.
l. 19. (159. 176. 285)
Lib. 9. tit. 4. de custod. reorum.
l. 2. (11)

II. Quellen des deutſchen Rechts.

Lex Bajuvar. tit. 14. cap. 1. 2. 3. 4. (321)
Sachſenſpiegel I. Art. 11. 23. (416)
„ „ II. Art. 60. (182)
„ „ III. Art. 5. (181)
Schwabenſpiegel ed. Senkenb. cap. 247—254. (183—185)
cap. 259. (321)
Altes Lübiſches Recht (181. 182)
Revid. „ „ Lib. III. tit. 2. 3. (182. 183)
Jütiſches Low-Buch II. c. 114. III. 54. (183)
Jus Stad. P. XI. Art. II. (183)

Druckfehler.

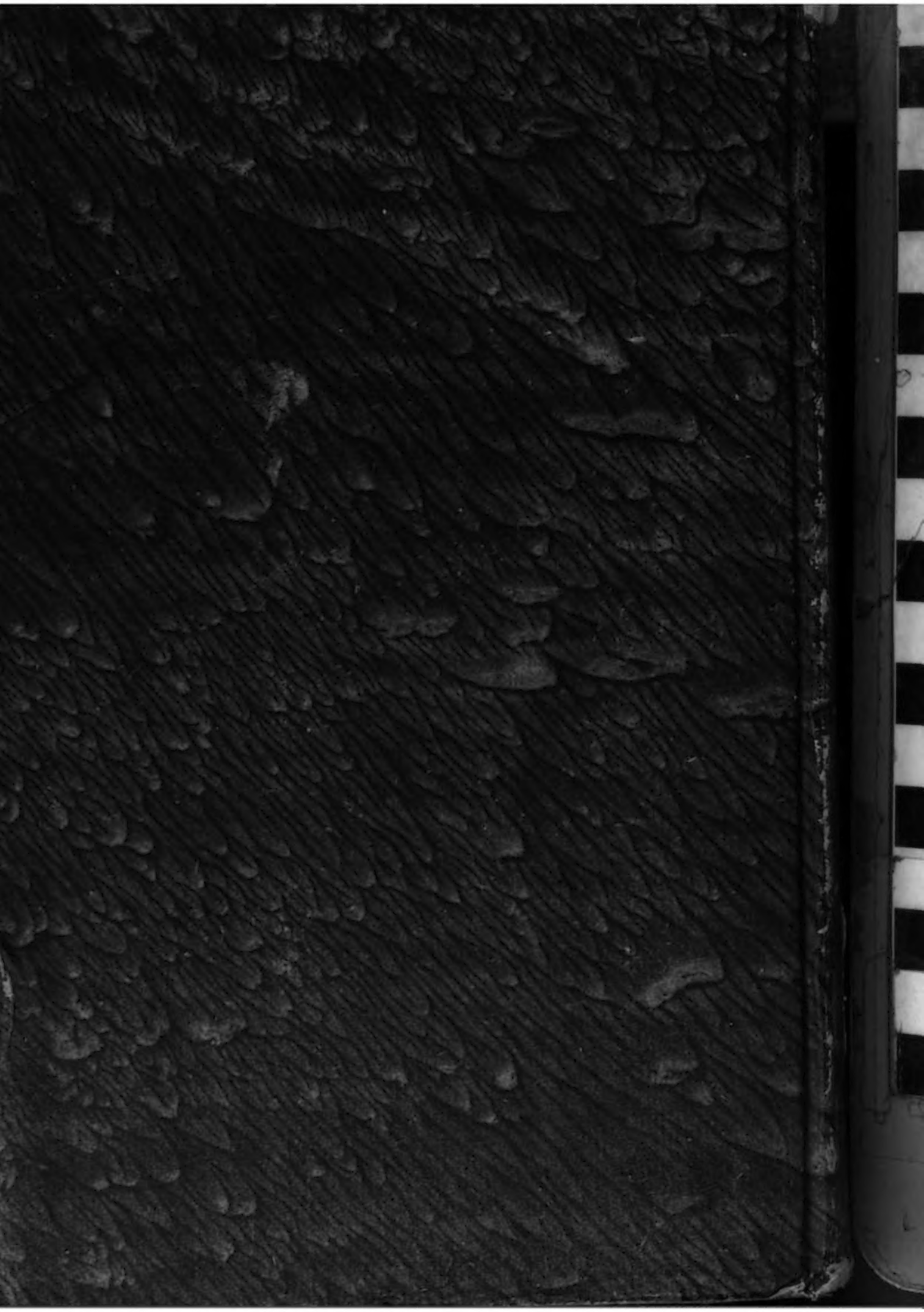
Seite 120 Zeile 2 v. oben das Komma hinter diligentia weg.
„ 121 „ 10 v. unt. ſtatt quantum l. quantam.
„ 122 „ 10 v. oben ſtatt L. 15. lies L. 13.
„ 124 „ 14 v. unt. ſtatt 6 lies C.
„ 182 „ 11 v. unt. „ Segel. lies Segeb.
„ 284 „ 4 v. unt. „ careat „ caveat.
„ 339 „ 8 v. unt. „ §. 58. „ §. 38.
„ 563 „ 6 v. unt. „ bonas „ bonae

Bonn, gedruckt bei Carl Georgi.

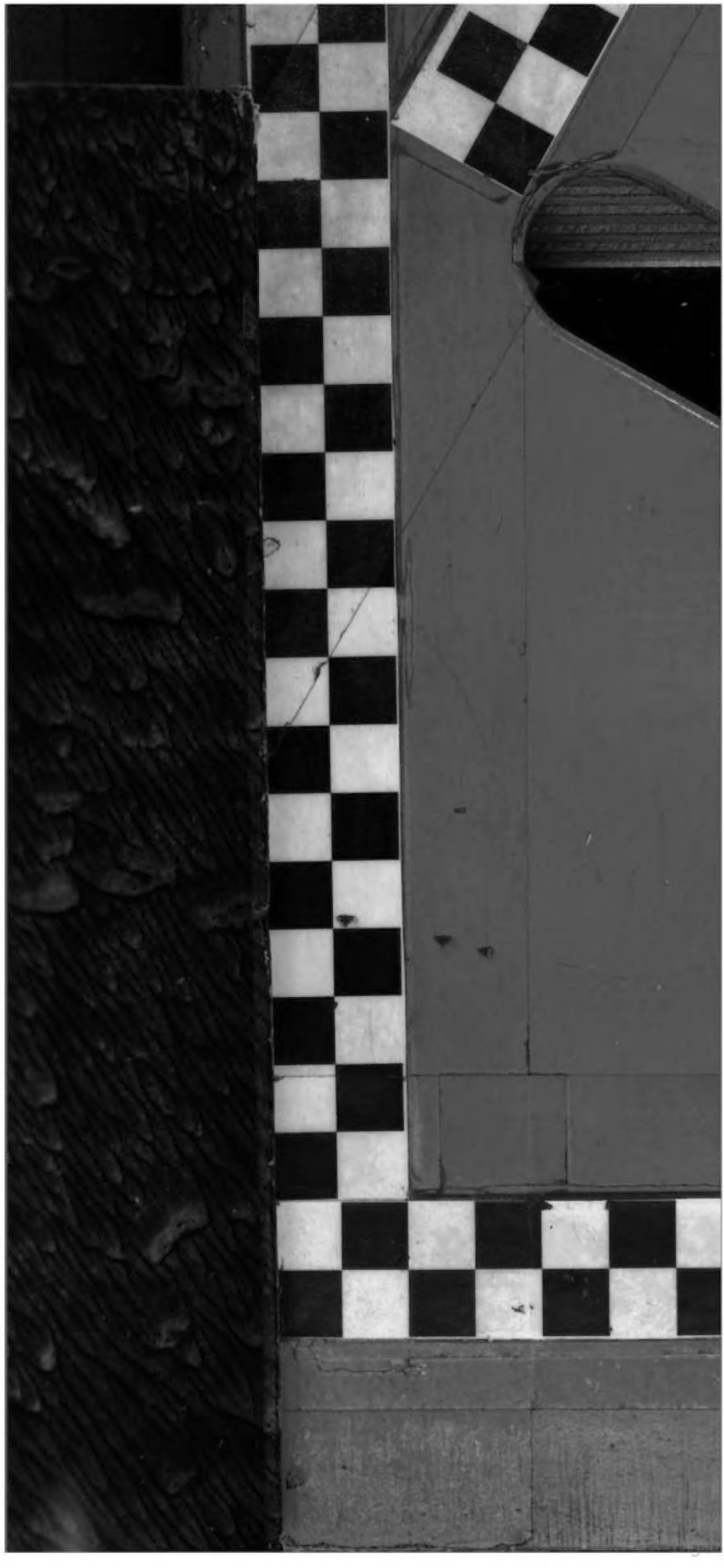
Digitized by Google

Digitized by Google

Google



Digitized by Google



ed by Google

Digitized by Google